

Recurso 125/2017**Resolución 151/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 28 de julio de 2017.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra la Resolución de la Agencia de Régimen Especial Ciclo Integral de Aguas del Retortillo (ARECIAR), de 22 de diciembre de 2016, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en media tensión para los puntos de suministros de la ARECIAR” (Expte. 3/2016), convocado por dicha Agencia de Régimen Especial, ente instrumental adscrito al Consorcio para Abastecimiento y Saneamiento de Aguas Plan Écija, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 17 de noviembre de 2016 se publicó en el perfil de contratante de la Agencia de Régimen Especial Ciclo Integral de Aguas del Retortillo anuncio de la licitación, mediante procedimiento negociado con publicidad, del



contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 6.149.499,48 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley 31/2007) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, el 22 de diciembre de 2016, la Agencia de Régimen Especial Ciclo Integral de Aguas del Retortillo (en adelante entidad contratante) acordó mediante resolución adjudicar el contrato a la entidad ENERGÍA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L.U.. Dicha resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el mismo 22 de diciembre de 2016.

CUARTO. El 23 de febrero de 2017, tuvo entrada en el Registro de la entidad contratante escrito de reclamación en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U. contra la citada la resolución, de 22 de diciembre de 2017, de adjudicación del contrato de suministro.

QUINTO. El 8 de junio de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal nuevo escrito de reclamación en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante ENDESA ENERGÍA) contra la misma resolución, de 22 de diciembre de 2017, de adjudicación del contrato de suministro.

En dicho escrito de reclamación de 8 de junio, ENDESA ENERGÍA manifiesta, entre otras afirmaciones, que previo requerimiento por su parte, la entidad



contratante les informó el 23 de febrero de 2017, vía correo electrónico, que el órgano competente para la interposición de las reclamaciones previas a la vía contencioso-administrativa era la Presidente del Consejo de Administración de ARECIAR. Asimismo señala que tras solicitud a este Tribunal fue informado por correo electrónico del mismo 23 de febrero, que debía dirigirse directamente al Consorcio de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas Plan Écija, para que le informara sobre la existencia o no de un órgano propio para la resolución de los recursos especiales procedentes de dicha entidad. Tras lo cual, indica que interpuso el citado 23 de febrero reclamación ante la entidad contratante.

SSEXTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 9 de junio de 2017, se le da traslado a la entidad contratante del escrito de interposición de la reclamación y se le solicita que comunique por escrito si ese organismo dispone de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito, y en caso afirmativo, que remita el informe a la reclamación, el expediente de contratación y el listado de licitadoras en el procedimiento a efecto de notificaciones, teniendo entrada en este Tribunal el 14 de junio de 2017. En dicha documentación, la entidad contratante manifiesta no disponer en su organización de órgano especializado, correspondiendo esas funciones este Órgano.

Posteriormente, el 22 de junio de 2017 por la Secretaría de este Tribunal se solicita a la entidad contratante documentación complementaria, entre otra, la reclamación presentada por la entidad ENDESA ENERGÍA, el 23 de febrero de 2017, al no encontrarse entre la documentación del expediente administrativo remitido. La misma tuvo entrada en este Tribunal el 26 de junio de 2017.

SÉPTIMO. Con fecha 30 de junio de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en plazo la



entidad ENERGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L.U. (en adelante ENERGYA VM).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por remisión del artículo 101.1 de la Ley 31/2007, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de un organismo de derecho público que se rige por la citada Ley 31/2007, cuyo artículo 3 dispone en su apartado primero que *“Quedarán sujetas a la presente ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4”*.

Por su parte, el apartado primero de la Disposición Adicional segunda del mismo texto legal prevé que *“Se entenderán como entidades contratantes a efectos del artículo 3, con carácter enunciativo y no limitativo, las que se enumeran a continuación:*

1. Entidades contratantes del sector de la producción, transporte o distribución de agua potable:



(...)

Otras entidades públicas dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales y que operan en el ámbito de la distribución de agua potable.

(...)”.

En este sentido, la Agencia de Régimen Especial Ciclo Integral de Aguas del Retortillo ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en la Ley 31/2007 conforme a sus estatutos -artículo 3.2- que disponen que *“El objeto de la Agencia de Régimen Especial es la gestión del servicio público Ciclo Integral de Agua en todo el ámbito geográfico constituido por los términos municipales (...).”*

La citada Agencia de Régimen Especial es un ente instrumental de la Corporación Local Consorcio de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas Plan Écija, por lo que es de aplicación el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, que dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos



propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquellos.

En el presente supuesto, la entidad contratante comunica que tanto el Consorcio de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas Plan Écija como la Agencia de Régimen Especial Ciclo Integral de Aguas del Retortillo no disponen de órgano especializado para la resolución de los recursos y reclamaciones especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la reclamante para la interposición de la reclamación, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley 31/2007.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si la reclamación se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de reclamación en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 31/2007.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 418.000 euros, convocado por una entidad contratante de las previstas en el artículo 3.1 de la Ley 31/2007 y el objeto de la reclamación es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de reclamación en materia de contratación al amparo de los artículos 16 a) y 101 y siguientes de la Ley 31/2007.

Al respecto, procede indicar que la reclamante combate, además de la adjudicación, la exclusión de su oferta, por lo que aun cuando sustantivamente la reclamación se dirija contra la exclusión - además de contra la adjudicación-, el acto formalmente impugnado es la adjudicación y a este debemos atenernos para examinar los restantes requisitos de admisión de la reclamación; en



particular, para la fijación del día de inicio del cómputo del plazo o “*dies a quo*” para la interposición de la misma.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición de la reclamación, el artículo 104.2 y 3 de la Ley 31/2007 dispone que: “2. *El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.*

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación.”

Asimismo, el artículo 83.1 y 2 de la citada Ley 31/2007 establece que: “1. *La entidad contratante a la vista de la valoración de las ofertas y en función del criterio de adjudicación empleado comunicará motivadamente al licitador que hubiere formulado la oferta de precio más bajo o aquella que resulte ser la oferta económicamente más ventajosa, la adjudicación del contrato.*

2. Asimismo comunicará también de forma motivada a los restantes operadores económicos el resultado de la adjudicación acordada.”

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su cláusula 26, intitulada adjudicación, dispone en su apartado primero que “*La adjudicación se acordará por el órgano de contratación en resolución motivada y se publicará conforme a lo establecido en los artículos 53 y 151.3 TRLCSP. La notificación a los licitadores, se podrá comunicar por cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción, preferentemente en la dirección de correo electrónico facilitada a efectos de notificaciones por los licitadores en su oferta*”. La referencia al artículo 151 del TRLCSP ha de ser entendida a su apartado 4, pues no tiene sentido realizarla al apartado 3.



De lo expuesto en el presente fundamento de derecho se infiere, en lo que aquí interesa, que la adjudicación ha de ser motivada y notificarse a todas las entidades licitadoras y publicarse en el perfil de contratante.

En efecto, la publicación de la adjudicación en el perfil de contratante, aun siendo necesaria por exigirlo así la ley (artículo 53 del TRLCSP por remisión de la cláusula 26 del PCAP), no es suficiente debiendo notificarse aquella individualmente a los interesados en el procedimiento, salvo que en el anuncio y en los pliegos se haga constar la fecha en que se publicará en el perfil de contratante el acuerdo de adjudicación, circunstancia esta última que no acontece en el supuesto examinado, pues conforme a lo dispuesto en la citada cláusula 26 del PCAP la resolución de adjudicación será notificada directamente a la adjudicataria y a las restantes licitadoras y se publicará en el perfil de contratante.

Así pues, en el supuesto examinado, es necesaria la notificación individual de la resolución de adjudicación, salvo que la reclamante reconozca como ocurre en el presente caso que ha tenido conocimiento del alcance y contenido de la adjudicación y, en concreto, de los motivos de la exclusión su oferta, debiendo por ello iniciarse el plazo de interposición de los quince días hábiles a partir del momento en que la interesada realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso o reclamación, conforme al último párrafo del artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

En este sentido, la reclamante alega que solicitó vista de expediente, teniendo acceso al mismo el 2 de febrero de 2017. Esta circunstancia no constaba en la documentación inicialmente remitida a este Órgano por la entidad contratante, por lo que se le solicita en escrito de 22 de junio de 2017 conforme lo alegado en



la reclamación, acta del trámite de vista de expediente realizado por la entidad ahora reclamante y en caso de inexistencia de la misma, certificación comprensiva de la fecha en la que se produjo.

Al respecto, el 26 de junio de 2017 se recibe dicha documentación, entre otra. En concreto según se recoge en índice al efecto, la entidad contratante remite “certificación comprensiva de la fecha en que se produjo el trámite de vista de expediente por ENDESA ENERGÍA, S.A.U.”. Sin embargo, del contenido de la misma no es posible extraer en qué fecha en particular se produce dicho evento, pues en el citado escrito, fechado el mismo 26 de junio, la entidad contratante informa “que en el periodo de puesta de manifiesto del expediente, a partir del día 26 de enero de 2017, se personan en las instalaciones de la ARECIAR, personal de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., a las que se les da acceso al expediente completo de licitación”, pero no se concreta el día en que efectivamente se produjo el mismo.

Visto que la entidad contratación no precisa el día de vista de expediente, este Tribunal ha de tomar el 2 de febrero de 2017 como fecha de la misma, pues esta circunstancia alegada por la reclamante no ha sido negada por la entidad contratante. Así pues, ha de tomarse como “*dies a quo*” el citado 2 de febrero, fecha en que la ahora reclamante tuvo conocimiento del alcance y contenido de la infracción que se denuncia.

Asimismo, por otro lado y como se ha expuesto, conforme al artículo 104.3 de la Ley 31/2007, la presentación del escrito de interposición de la reclamación deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolverla.

En este sentido, alega la reclamante en su escrito de impugnación que dado que en ninguno de los documentos publicados en el perfil del contratante de ARECIAR, correspondientes a este expediente, se indicaba expresamente el



órgano administrativo con competencia para la resolución de las reclamaciones previstas en la Ley 31/2007, se puso en contacto con dicha entidad contratante con el fin de aclarar este aspecto, solicitando para ello una comunicación expresa en la que se le indicase cuál era el órgano competente para resolver la reclamación. Siendo así que el 23 de febrero de 2017, según manifiesta, recibe un correo electrónico de dicho organismo -que adjunta a su escrito de reclamación- informándole que, de conformidad con las instrucciones de ámbito interno de procedimientos de contratación, el órgano de contratación del expediente de suministro 3/2016 era la Presidenta del Consejo de Administración de ARECIAR, ante la que se debían dirigir los recursos pertinentes, previos al contencioso-administrativo.

Asimismo, indica la reclamante que con la interposición de la reclamación el 23 de febrero de 2017 ante la entidad contratante, no hizo más que atenerse a lo explícitamente indicado por dicho organismo. Sin embargo, y ante la insistencia para conocer el estado de tramitación del recurso presentado, según indica, el 19 de mayo de 2017 tuvo registro de entrada en su sede una carta de la entidad contratante en la que se informa que el órgano competente para la resolución de los recursos y reclamaciones es el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y no el indicado inicialmente, basándose en un anuncio realizado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de junio de 2016, relativo al sistema de clasificación de proveedores de ASA.

Dicho correo electrónico adjuntado por la reclamante en su escrito de interposición, no se encuentra entre la documentación del expediente remitida por la entidad contratante, ni esta se pronuncia sobre el mismo en su informe de alegaciones al recurso, pese al alegato claro y directo de la reclamante y a la copia de dicho correo que adjuntaba en su escrito de interposición.

Visto lo anterior, y que la entidad contratante no ha negado la existencia de dicho correo electrónico, este Tribunal ha de tener por ciertos los hechos



alegados por la reclamante relativos a la existencia de un correo electrónico que le fue remitido por la entidad contratante, el 23 de febrero de 2017, en la que le manifestaba, previo requerimiento, que el órgano competente para la resolución de las reclamaciones y recursos era la Presidenta del Consejo de Administración de ARECIAR.

Al respecto, este Tribunal ha podido comprobar que ni en el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante, ni en los pliegos y demás documentación que rige la licitación, se hace mención alguna al órgano competente para la resolución de los recursos y reclamaciones.

Esta obligación de la entidad contratante de establecer en los pliegos y demás documentación que rige la licitación el órgano de competente para la resolución de los recursos y reclamaciones no puede suplirse, como pretende dicha entidad, con la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la existencia de un sistema de clasificación de proveedores, conteniendo la mención de que se utiliza este procedimiento para todos los contratos incluidos en el ciclo integral del agua, y en donde se dispone que será este Tribunal el competente para la resolución de las reclamaciones.

En todo caso, como se ha expuesto, la entidad contratante, previa petición expresa al respecto, manifiesta -en correo electrónico de 23 de febrero de 2017- que es ella la competente para la resolución de los recursos y reclamaciones, por lo que pretender ahora que la reclamación se ha interpuesto ante órgano incompetente para su resolución sería quebrar los principios de buena fe y confianza legítima que debe presidir los procedimientos ante la Administración y sus entes instrumentales.

Tampoco puede admitirse el alegato de la entidad contratante de que las exigencias del principio de publicidad de este procedimiento se cumplen con la inserción de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea de la existencia



de un sistema de clasificación de proveedores y con la publicación en el perfil de contratante de los anuncios respectivos de cada acto relativo al procedimiento de licitación, pues como se ha expuesto anteriormente la notificación de la adjudicación, entre otros actos, ha de realizarse individualmente a todas las entidades licitadoras, incluida la adjudicataria.

En definitiva, tomando como “*dies a quo*” el 2 de febrero de 2017, fecha en que la ahora reclamante tuvo conocimiento de la infracción que se denuncia, al haberse presentado la reclamación el 23 de febrero de 2017 en el registro de la entidad contratante, según manifestación de la misma en correo electrónico remitido a ENDESA ENERGÍA, la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

Debe inadmitirse, por tanto, por extemporánea la reclamación presentada por dicha empresa en el registro de este Tribunal el 8 de junio de 2017.

De acogerse los alegatos de la entidad contratante se estaría dejando en completa indefensión a la ahora reclamante que, tras percatarse de la publicación de la adjudicación en el perfil de contratante, sin que se le hubiese notificado individualmente, en la que constaba que era un acto de trámite que no ponía fin a la vía administrativa, aun cuando realmente era un acto finalizador del procedimiento, no expresando los recursos o reclamaciones que proceden, ni el órgano ante el que hubieran de presentarse, ni el plazo para interponerlos, solicitó vista del expediente tras cuyo acto presentó escrito de reclamación ante el órgano competente, esto es la entidad contratante, según manifestación de la propia entidad, que ni lo resolvió ni lo remitió a este Tribunal para su tramitación como era su obligación y que solo tras requerimiento expreso al efecto -escrito de la Secretaría de este Órgano de 22 de junio de 2017-, procedió a su remisión.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión de la reclamación presentada el 23 de febrero de 2017 en la sede de la entidad contratante, procede el estudio de los motivos en que la misma se sustenta.

La reclamante solicita que, previos los trámites oportunos, se estime la reclamación y se acuerde anular la resolución de adjudicación.

Funda su reclamación en dos alegatos, por un lado, denuncia su indebida exclusión y, por otro lado, manifiesta que la proposición de la adjudicataria adolecía de defectos no subsanables al condicionar su oferta a una serie de requisitos.

En cuanto al primer alegato en el que denuncia su exclusión, con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido en lo que aquí interesa del acta de la mesa de contratación, de 15 de diciembre de 2017, en la que se acuerda la exclusión de la oferta de la ahora reclamante. Dice así el apartado primero de la misma:

<<Calificación de la documentación del sobre A, presentado por la empresa ENDESA ENERGÍA, SAU, tras la finalización del plazo de subsanación de tres días concedido (...), la mesa acordó:

Desestimar la justificación presentada y por tanto la oferta efectuada por (...) ENDESA ENERGÍA SAU, con CIF (...).

La motivación de la desestimación se basa en que la documentación presentada por ENDESA ENERGÍA, SAU, tiene en ROJO el semáforo relativo a los sistemas de calidad y medioambientales. Incumpliendo lo establecido en las cláusulas 14.3 y 21.1 “in fine” del Pliego de Condiciones de la licitación. Esta última expresamente exige:
“... Cláusula 21. Calificación de documentación, valoración y apertura de proposiciones.



21.1.- Apertura de la Documentación administrativa y de la Oferta Técnica, Sobres A y B:

Conforme con el art 160 TRLCSP, la apertura de la documentación administrativa y de la oferta técnica se realizará en acto público por la Mesa de Contratación (MC en adelante).

Antes de la apertura de los sobres se invitará a los licitadores a que manifiesten las dudas que se le ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en ese momento pueda hacerse cargo la MC de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanaciones de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de Contratos. A continuación, por el Sr. Secretario de la MC se procederá a la apertura y lectura de los Sobres A y posteriormente de los sobres B - de oferta técnica-.

Serán excluidos directamente aquéllos licitadores que no acrediten estar en el nivel 2 del Sistema de Clasificación de Proveedores, además de aquellos que en su certificado de ASA no estén todos los semáforos en verde. Del mismo modo quedarán excluidos aquellos participantes que no acrediten los condicionantes excluyentes de la solvencia técnica de la cláusula 8.4, tales como la memoria descriptiva y la acreditación de los suministros contratados y los que incumplan la presentación de los documentos técnicos exigidos en el PPT”.

La documentación presentada por la Entidad ENDESA ENERGÍA, SAU, como justificación; o bien se refiere a otra empresa, en este caso la matriz ENDESA, SA, con la que no viene concurriendo en UTE; tal es el caso de los certificados de calidad presentados -todos a nombre de ENDESA SA-. O bien, se reduce a una declaración jurada de que se está tramitando la documentación, que le habilitaría para que ASA certificara como VERDE el actual semáforo en ROJO. Prueba fehaciente, este hecho, de que no posee la documentación requerida para licitar como empresa inscrita en el nivel exigidos por las cláusulas 8.3 y 21.1 del Pliego de Condiciones de la Licitación.>>

Ante tal motivo de exclusión de su proposición se alza la reclamante manifestando en su escrito de impugnación que dando cumplimiento al trámite



concedido por la mesa de contratación para justificar y acreditar la solvencia técnica requerida, ENDESA ENERGÍA completó e integró en la forma prevista legalmente su solvencia técnica a través medios externos, mediante la presentación de un certificado de una empresa del grupo, en concreto ENDESA, S.A.

Sin embargo, indica que dicho documento no fue considerado suficiente por la mesa de contratación, desestimando la subsanación, a su juicio, correcta y ajustada a derecho, por lo que no se procedió a la apertura de su oferta económica.

Para reforzar su alegato trae colación parte del informe 29/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, concluyendo que este Tribunal, en su Resolución 158/2013, de 17 de diciembre, comparte igual criterio en relación con la acreditación de la solvencia técnica a través de certificados de calidad y de gestión medioambiental.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que ENDESA ENERGÍA pretendió subsanar la no aportación de los certificados de calidad y de gestión medioambiental presentando certificados a nombre de ENDESA, S.A., en contra de la doctrina establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 261/2015, de 23 de marzo, al resolver un supuesto muy similar al presente, concluyendo que la acreditación ha de ser personal y directa de la licitadora, y ello incluso en supuesto de unión temporal de empresas en los que todos y cada uno de los miembros la han de ostentar.

En este sentido, concluye el informe al recurso con la indicación de que el citado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y diversos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tienen establecido, en relación con la certificación de calidad, que los certificados



acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental solo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de esta para la que ha sido expedido y las circunstancias acreditadas por tales certificados no lo son respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni pueden servir para el acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una unión temporal de empresas.

ENERGYA VM como entidad interesada se expresa en términos similares a la entidad contratante.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el primero de los motivos de la reclamación en el que la reclamante combate los motivos de la exclusión de su propuesta al entender que completó e integró en la forma prevista legalmente su solvencia técnica a través de medios externos, mediante certificados de una de las entidades del grupo de empresas; en contra de lo manifestado por la entidad contratante que entiende que el certificado acreditativo del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental solo garantiza esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de esta para la que ha sido expedido y las circunstancias acreditadas por tales certificados no lo son respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni pueden servir para el acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una unión temporal de empresas.

Pues bien, sobre supuestos similares se ha pronunciado este Tribunal en sus resoluciones 148/2013, de 26 de noviembre, 158/2013, de 17 de diciembre -alegada por la reclamante- y más recientemente en la 242/2016, de 14 de octubre y 273/2016, de 4 de noviembre; en ellas y respecto a la integración de la solvencia con medios externos, se aludía al artículo 63 del TRLCSP y se señalaba que respecto de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental, no existen restricciones *ab initio* para



integrar la solvencia con medios externos con tal que se acredite su efectiva disposición para la ejecución del contrato.

Al respecto, la reciente Sentencia, de 2 de junio de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-27/15 *Pippo Pizzo*, relativa a una cuestión prejudicial, ha confirmado que no existen restricciones *ab initio* para integrar la solvencia con medios externos con tal que se acredite su efectiva disposición para la ejecución del contrato, con el objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible y de facilitar el acceso a los mismos de las pequeñas y medianas empresas. Así en sus apartados 21 a 27 señala que:

“21 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que autoriza a un operador económico a valerse de las capacidades de una o varias entidades terceras para satisfacer los requisitos mínimos de participación en un procedimiento de licitación que dicho operador sólo cumple parcialmente.

22 El artículo 47, apartado 2, y el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 establecen expresamente, en términos prácticamente idénticos, que «el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades» para acreditar que cumple los requisitos en materia de solvencia económica y financiera así como de capacidad técnica y profesional, exigidos por el contrato de que se trate [en el mismo sentido se pronuncia el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero].

23 El Tribunal de Justicia ha estimado que el Derecho de la Unión no exige que la persona que desee celebrar un contrato con un poder adjudicador sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de operador económico que reúne los requisitos para participar en una adjudicación (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, apartado 41).



24 En este contexto, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 47, apartado 2, y el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 no establecían ninguna prohibición de principio en cuanto a la posibilidad de que un candidato o un licitador recurriera a las capacidades de una o varias entidades terceras además de a su propia capacidad, para cumplir los criterios establecidos por el poder adjudicador (véase la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 30).

25 Según esta misma jurisprudencia, dichas disposiciones reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas», siempre que demuestren ante el poder adjudicador que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato (véase la sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, apartado 23).

26 Por lo tanto, procede considerar que la Directiva 2004/18 permite acumular capacidades de varios operadores económicos para cumplir las exigencias mínimas de capacidad establecidas por el poder adjudicador siempre que se acredite ante éste que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de estas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato (véase la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 33).

27 Tal interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible que persiguen las directivas en esta materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, apartado 37 y jurisprudencia citada). Además, también puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, a lo que tiende asimismo la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32 (véase la



sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34).”

A la vista de cuanto se ha señalado, este Tribunal estima que la licitadora podrá, en principio y sin perjuicio del análisis que se efectúe en cada supuesto concreto, completar o integrar con medios ajenos la solvencia exigida en los pliegos que rigen la licitación, acreditando efectivamente la disposición de esos medios para la ejecución del contrato.

En el supuesto examinado, la mesa de contratación excluye la proposición de la entidad ahora reclamante al entender que tras el oportuno periodo de subsanación del sobre de documentación administrativa, ENDESA ENERGÍA pretendió subsanar la no aportación de los certificados de calidad y de gestión medioambiental -unos de los requisitos exigidos para acreditar la solvencia técnica- presentando certificados a nombre de ENDESA, S.A., una de las empresas del grupo empresarial, lo que a su juicio no es posible pues en los casos relativos a dichas certificaciones la acreditación ha de ser personal y directa de la licitadora, y ello incluso en supuesto de unión temporal de empresas en la que todos y cada uno de los miembros la han de ostentar o en supuestos de grupos de empresas.

Sin embargo, este Tribunal no comparte tal apreciación de la mesa de contratación y de la entidad contratante en su informe de alegaciones a la reclamación pues, como se ha expuesto anteriormente, es posible completar o integrar con medios ajenos la solvencia exigida en los pliegos que rigen la licitación, aunque se trate de los certificados de calidad y de gestión medioambiental. Ahora bien, lo anterior será posible siempre y cuando se acredite la efectiva disposición de esos medios para la ejecución del contrato, circunstancia esta última que no se da en el presente supuesto en el que la ahora reclamante no acreditó que disponía efectivamente de esos medios.



En este sentido, a juicio de este Tribunal, no es suficiente la pertenencia a un mismo grupo empresarial, a pesar de que ambas empresas tengan en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, ya que lo determinante es que se acredite la efectiva disposición de los medios externos para la ejecución del presente contrato (v.g. Resolución 273/2016, de 4 de noviembre).

Así pues, la mesa de contratación a la vista de la documentación presentada por ENDESA ENERGÍA, no debió de haberla excluido por el fundamento jurídico de presentar los certificados de calidad y de gestión medioambiental a nombre de una de las entidades del grupo empresarial, sino por no acreditar la efectiva disposición de los medios externos para la ejecución del contrato.

En ese sentido, no puede admitirse la alegación de la ahora reclamante de que completó e integró en la forma prevista legalmente su solvencia técnica a través de medios externos, mediante certificados de una de las entidades del grupo de empresas, pues como se ha expuesto, no acreditó la efectiva disposición de los mismos para la ejecución del contrato, condición necesaria para que se pueda integrar la solvencia con medios externos.

Procede, pues, la desestimación del primer alegato de la reclamación.

SÉPTIMO. En el segundo de los motivos de la reclamación la reclamante manifiesta que la proposición de la adjudicataria adolecía de defectos no subsanables al condicionar su oferta a una serie de requisitos.

La desestimación del primer motivo de la reclamación y, por tanto, la confirmación de la exclusión de la proposición de la reclamante, haría innecesario el análisis de este segundo motivo de impugnación pues en ningún caso podría ya resultar adjudicataria al haberse confirmado su exclusión.



Sin embargo, dado que en el presente procedimiento la adjudicataria es la única licitadora admitida, de prosperar la reclamación y obtenerse una eventual estimación de la misma, que supusiese la exclusión de la oferta de la ahora adjudicataria, y por ello la declaración de desierto del procedimiento, ENDESA ENERGÍA podría licitar a un futuro procedimiento de adjudicación de la misma prestación, teniendo en cuenta que, como expone el órgano de contratación, se trata de un suministro esencial, por lo que evidentes razones de interés público exigirían una nueva licitación.

Procede, pues, analizar este segundo alegato de la reclamación. Al respecto, la reclamante manifiesta que en la oferta económica de ENERGYA VM se incluyen previsiones claras e indubitadas tendentes a la inclusión en el contrato de aspectos no previstos y/o contrarios a los pliegos, lo que no es susceptible de aclaración alguna, en la medida en que ello implicaría una modificación de la oferta.

A su juicio, el trámite excepcional de solicitud de aclaraciones no puede concebirse ni emplearse como cauce para dejar sin efecto declaraciones libre y conscientemente recogidas por las licitadoras en sus ofertas, que al redactarlas se encuentran vinculadas por el contenido de los pliegos, y a quienes incumbe emplear, a tal efecto, toda la diligencia necesaria, asumiendo las consecuencias (la exclusión de la licitación) que de sus propias decisiones, contrarias a lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, se desprendan.

Concluye que, por ello, la entidad contratante no puede dispensar en un trámite de solicitud de aclaraciones del cumplimiento de un precepto legal como es el artículo 145.1 del TRLCSP, pues ello sería contrario a derecho y a los principios de igualdad y no discriminación aplicables a la contratación pública.

Por su parte, la entidad contratante en su informe a la reclamación señala que el artículo 131.2 del TRLCSP prevé las aclaraciones al disponer que “*El órgano de*



contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.”

A juicio del informe a la reclamación, el pliego reflejó esta posibilidad, en beneficio de las licitadoras, en su cláusula 21 señalando que debía tener lugar antes de la apertura de los sobres. Señala que ambas empresas -ENDESA ENERGÍA y ENERGYA VM- hicieron uso de esta facultad y recibieron aclaraciones por la mesa de de contratación previamente a la apertura de los sobres y publicadas en el perfil de contratante, lo que permitió que ambas licitadoras tuvieran conocimiento de las respuestas de forma simultánea, sin que por tanto exista discriminación alguna.

Concluye la entidad contratante que queda demostrado que la oferta económica de la licitadora adjudicataria ENERGYA VM no adolecía de defectos insubsanables habiéndose facilitado las aclaraciones previstas en el pliego y cuyo uso ha sido utilizado por las dos licitadoras que se presentaron a la licitación.

ENERGYA VM como entidad interesada se expresa en parte de sus alegaciones exactamente en los mismos términos que la entidad contratante, añadiendo que su oferta se ajusta íntegramente al pliego, en particular manifiesta respetar literalmente el Anexo III, que incluye el modelo de proposición económica, y en el que incluye la siguiente salvaguarda: *“Mediante la presentación de esta oferta económica se realiza la declaración de aceptación incondicional de todas las cláusulas del Pliego de Condiciones y del PPT”*.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el segundo de los motivos del recurso en el que la reclamante denuncia que en la oferta económica de



ENERGYA VM se incluyen previsiones claras e indubitadas tendentes a la inclusión en el contrato de aspectos no previstos y/o contrarios a los pliegos, lo que no es susceptible de aclaración alguna, como ha hecho la mesa de contratación con quiebra de los principios de igualdad y no discriminación, en la medida en que ello implicaría una modificación de la oferta, y con ello, la exclusión de la misma.

Sin embargo, la reclamante en su escrito de impugnación no aclara más al respecto, no pudiendo precisarse de manera inequívoca a que se está refiriendo.

Este Tribunal, una vez analizado en su totalidad el contenido del sobre C de la oferta de la ahora adjudicataria deduce que se está refiriendo al apartado de la oferta “resumen de las condiciones contractuales aplicables al suministro eléctrico”, que se contenía en su oferta inicial y que se ha trasladado al propio contrato, como ha tenido ocasión de comprobar este Órgano en el expediente de contratación remitido.

Estas condiciones, no son más que las cláusulas propias de los contratos de adhesión, como es el caso de los de suministro de energía eléctrica, que, en todo caso, no pueden ir en contra de lo establecido en los pliegos y en la normativa de aplicación. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que en la oferta económica de ENERGYA VM se recoge expresamente que *“Mediante la presentación de esta oferta económica se realiza la declaración de aceptación incondicional de todas las cláusulas del Pliego de Condiciones y del PPT”*.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el segundo de los motivos de la reclamación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** presentada el 23 de febrero de 2017, contra la Resolución de la Agencia de Régimen Especial Ciclo Integral de Aguas del Retortillo (ARECIAR), de 22 de diciembre de 2016, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en media tensión para los puntos de suministros de la ARECIAR” (Expte. 3/2016), convocado por dicha Agencia de Régimen Especial, ente instrumental adscrito al Consorcio para Abastecimiento y Saneamiento de Aguas Plan Écija.

Inadmitir por extemporánea la reclamación presentada por dicha empresa en el registro de este Tribunal el 8 de junio de 2017.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

