

**Recurso 444/2019**

**Resolución 166/2020**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FCC AQUALIA, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha, de 24 de octubre de 2019, en relación con el procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en el municipio de Garrucha” (Expte. 2018/049530), convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 21 de julio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 139-318840 y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 23 de julio de 2018, fue publicado en dicho perfil rectificación del citado anuncio.

El valor estimado del contrato asciende a 34.738.503,38 euros. Asimismo, entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, con el compromiso de



constituir una unión temporal de empresas con la entidad CODEUR,S.A., conforme a la documentación que obra en el expediente de contratación.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** En lo que aquí interesa, por Resolución 299/2019, de 19 de septiembre, este Tribunal estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación núm. 113/2019 interpuesto por la entidad AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L, respecto al mismo expediente de contratación citado en el encabezamiento, anulando los actos impugnados *«habida cuenta de la indebida admisión de las ofertas de la UTE FCC AQUALIA-CODEUR, de la entidad HIDRALIA y de la UTE VALORIZA-TALLERES Y GRUAS GONZALEZ, con retroacción de las actuaciones a fin de que por la mesa de contratación se proceda a la exclusión de dichas ofertas, conforme a lo expresado en los fundamentos de derecho de esta resolución, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción»*.

**CUARTO.** Mediante acuerdo, de 24 de octubre de 2019, del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha se adjudica el contrato citado a favor de la entidad AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L (en adelante AMEDIDA).

**QUINTO.** El 15 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FCC AQUALIA, S.A. (en adelante FCC AQUALIA), que junto con CODEUR, licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, contra la citada resolución de adjudicación.



**SEXTO.** Mediante comunicación de 19 de noviembre de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su resolución. La documentación solicitada fue aportada el 29 de noviembre de 2019.

**SÉPTIMO.** Con fecha 12 de diciembre de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo señalado las presentadas por las entidades AMEDIDA e HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A. (en adelante HIDRALIA).

**OCTAVO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Garrucha (Almería) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de



la Junta de Andalucía, competencia que asimismo se declara en la publicación de la convocatoria de licitación realizada el 21 de julio de 2018 en el citado Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante.

**SEGUNDO.** Ostenta en principio legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora, con el compromiso de constituir junto con CODEUR, S.A. una unión temporal de empresas, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

No obstante, debe analizarse dicha legitimación desde una doble perspectiva -alegada por la entidad interesada AMEDIDA-, por un lado, en el sentido de si cada una de las integrantes de una unión temporal de empresas está legitimada individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato público, y por otro lado, la posible falta de legitimación ad causam.

1. Respecto a la posible falta de legitimación ad causam de la entidad recurrente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, las entidades licitadoras tienen un interés legítimo en que se excluya la oferta de las otras para obtener el contrato, con independencia del número de entidades participantes en el procedimiento y del número de ellas que haya interpuesto recurso.

En concreto, en el apartado 24 de la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, PFE, asunto C-689/13, se dispone que *«En el apartado 33 de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), el Tribunal de Justicia consideró que el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador rechazado en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento, dado que, en tal hipótesis, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás, lo que puede llevar a la constatación de que el poder adjudicador no puede proceder a la selección de una oferta adecuada»*. Asimismo, en los apartados 26 y 27 de dicha Sentencia de 5 de abril de 2016 se dispone que *«26 La anterior sentencia [Fastweb asunto C-100/12] concreta las exigencias de las disposiciones del Derecho de la Unión citadas en el apartado 23 de la presente sentencia en circunstancias en las que, a raíz de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dos licitadores interponen sendos recursos para lograr la exclusión del otro licitador.*



*27 En tal situación, cada uno de los licitadores tiene un interés en lograr un contrato determinado. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato.».*

Sin embargo, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, asunto C355/15, se dispuso que es admisible que a una licitadora que ha sido excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando la licitadora excluida y la adjudicataria del contrato son las únicas que han presentado ofertas y aquella licitadora sostiene que la oferta de la adjudicataria también debería haber sido rechazada.

En concreto en el apartado 33 y siguientes de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016 se establecía:

*«33 De ello se infiere que el principio jurisprudencial sentado en las sentencias de 4 de julio de 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), no es aplicable a la situación procesal y contenciosa controvertida en el litigio principal.*

*34 Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.*

*35 En estas circunstancias, no cabe interpretar el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva.*

*36 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, proceder responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y*



*el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.».*

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 18 de abril de 2012) señala que una vez que la recurrente fue excluida del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carece de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto, FCC AQUALIA fue excluida de la licitación como resultado de la ejecución por el órgano de contratación de la Resolución 299/2019 de este Tribunal. Sin embargo, para que dicha decisión no adquiera el carácter de definitiva la citada entidad debe combatirla en tiempo y forma. Así las cosas, por un lado, puede combatir su exclusión en un potencial recurso especial en materia de contratación, circunstancia que no es posible en este caso pues ello supondría recurrir ante este Tribunal su propia decisión (artículo 59 de la LCSP), y por otro lado, puede interponer un recurso contencioso-administrativo, de tal suerte que de no hacerlo su exclusión deviene firme y lo convierte en un tercero ajeno al presente procedimiento de adjudicación.

En el recurso que se analiza, la recurrente no combate su exclusión, únicamente denuncia la indebida admisión de la entidad AMEDIDA, sin embargo, afirma en su escrito de interposición que *«presentará recurso contencioso administrativo contra la ya referida resolución 299/2019 del Tribunal al que me dirijo, y solicitará la medida cautelar de suspensión de dicha resolución, para lo cual es indispensable que no se haya ejecutado en su plenitud, lo que ocurriría en el momento en que AMEDIDA se hiciera cargo del servicio».*

Así las cosas, este Tribunal al no tener constancia de que FCC AQUALIA había interpuesto recurso contencioso-administrativo, solicitó a dicha entidad que acreditara en su caso la interposición del mismo. En este sentido, se recibe en plazo documentación de la mencionada entidad en la que manifiesta y acredita haber interpuesto dicho recurso ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (recurso 757/2019). Asimismo, de lo anterior, se remitió comunicación al órgano de contratación y a la entidad AMEDIDA, quienes manifestaron lo que tuvieron por conveniente.



En este sentido, FFC AQUALIA al haber interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 299/2019 de este Tribunal, no ha dejado firme su exclusión en el sentido expuesto ut supra, por lo que se le ha de reconocer legitimación en el presente recurso especial.

2. En cuanto a la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE), es necesario traer a colación tanto el artículo 48 de la LCSP como el 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Así, dispone el artículo 48 de la LCSP que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)»*.

Por su parte el artículo 24.2 del Reglamento establece que *«En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

*Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes»*.

Por último, es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien se ha pronunciado profusamente sobre el particular. En este sentido, cobra especial relevancia, la muy reciente Sentencia 216/2020, de 17 de febrero de 2020, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso del Alto Tribunal, recurso de casación 36/2018. En ella el Tribunal Supremo analiza un recurso interpuesto contra la Sentencia dictada, el 4 de septiembre de 2017, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (en adelante TSJA), que inadmitió el recurso contencioso administrativo interpuesto (recurso 202/2013) contra la Resolución 2/2013, de 23 de enero, dictada por el Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, que desestimó el recurso especial en materia de contratación (recurso 17/2012) interpuesto contra el acuerdo de adjudicación efectuado en relación con determinado procedimiento de adjudicación de un



contrato público. El TSJA inadmitió el recurso por falta de legitimación activa de la recurrente por no ostentar interés legítimo a título individual como integrante de una UTE participante en el proceso licitatorio que había quedado clasificada en segundo lugar.

En lo que aquí interesa, la citada Sentencia 216/2020 dispone en sus fundamentos cuarto y quinto lo siguiente:

*«CUARTO.- La jurisprudencia sobre la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas.*

*A) Las sentencias invocadas.*

*La sentencia de instancia se remite a la de esta Sala de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) y ésta, a su vez, se apoya en otra anterior que también alude a pronunciamientos previos que negaron legitimación a los integrantes de una unión temporal de empresas para recurrir individualmente la adjudicación de una concesión [sentencias de 26 de junio de 2014 (casación n.º 1828/2013), 27 de septiembre de 2006 (casación n.º 5070/2002)] y reproduce el fundamento cuarto de la dictada por la Sección Tercera de esta Sala de 27 de septiembre de 2006 (casación n.º 5070/2006) que recoge la razón de decidir.*

*Descansa en la apreciación en estos casos de un supuesto de litisconsorcio activo necesario a partir de la relación jurídica material que se entabla entre las empresas que concurren bajo la forma de unión temporal. Aun reconociendo que la estimación del recurso de una sola de ellas afecta a sus intereses, no tiene por suficiente esa afectación para "otorgarles" legitimación al ser esos intereses derivados del común de la agrupación única que participó en el concurso y es la directamente afectada por la adjudicación. Además, se fija en que la acción individual no sólo pretende beneficios para quien recurre, sino obligaciones y riesgo económico para quienes no lo han hecho. Tiene por irrelevante la actitud de estos últimos de no oponerse y cita la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04).*

*El voto particular a la sentencia de 18 de febrero de 2015, por su parte, hace referencia a sentencias anteriores de signo contrario [28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), 23 de enero de 2012 (casación n.º 1429/2009)] y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados C-145 y 149/08). A propósito de esta última, explica el voto particular que el Derecho de la Unión Europea se opone a una normativa nacional que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público se vean privados de la posibilidad de solicitar a título individual la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta de la entidad adjudicadora que intervenga en dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales". Asimismo, destaca el voto particular de esa sentencia europea que la exigencia de que litiguen juntos necesariamente los integrantes de una unión temporal lleva, no sólo a que no puedan obtener la anulación del acto que les perjudica, sino que tampoco puedan acudir al tribunal competente para pedir la reparación del perjuicio sufrido individualmente.*



*A ellas se han de añadir las de 13 de mayo de 2008 (casación n.º 1827/2006) y de 23 de julio de 2008 (casación n.º 1826/2006), de 28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), de 11 de julio de 2006 (casación 410/2004), así como la de 13 de marzo de 2007 (casación 7406/2004), que reconocieron legitimación a empresas que accionaron por separado contra la adjudicación de una concesión a otra, pese a haber concurrido a la licitación en una agrupación.*

*Y, también, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011 (asunto C-401/09), que admite la legitimación del recurrente que formaba parte de un consorcio sin contar con el poder del otro integrante.*

*En el mismo sentido, la Sala Primera de este Tribunal Supremo ha reconocido legitimación activa y pasiva a los integrantes de una unión temporal de empresas, en razón de que esta última carece de personalidad jurídica y quienes la componen responden solidariamente de sus actos, todo ello conforme a la Ley 18/1982, de 26 de mayo, [sentencias n.º 141/2018, de 14 de marzo; n.º 688/2007, de 12 de junio; 58/2002, de 28 de enero].*

*B) El pronunciamiento más reciente de esta Sala.*

*En la sentencia n.º 1327/2019 (casación n.º 5824/2017) hemos confirmado la dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que corrigió en apelación la decisión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo del Juzgado que lo conoció en primera instancia. Tuvo, pues, por legitimada a una empresa que impugnó individualmente una actuación administrativa que suponía la incautación de la garantía prestada por la unión temporal de empresas adjudicataria de un contrato de suministro e instalación de equipamiento audiovisual y acogió sus pretensiones.*

*El recurso de casación de la Universidad del País Vasco descansaba en las razones dadas por las sentencias de esta Sala contrarias a reconocer legitimación en estos casos y en el artículo 48.2 de la Ley de Contratos del Sector Público y la cuestión en que la Sección Primera de esta Sala advirtió interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era exactamente la misma que aquí.*

*Pues bien, interesa recordar que en los fundamentos de nuestra sentencia n.º 1327/2019 señalamos, a propósito de la legitimación, que el artículo 48.2 de la Ley de Contratos del Sector Público no impedía reconocerla a la litigante, ya que se refiere a las cuestiones que surjan en la vida del contrato. Y que la idea que llevó al fallo de la sentencia de apelación era la de que, desde la perspectiva de la legitimación la recurrente a título individual tenía interés por el beneficio jurídico deducible de la eliminación del acto impugnado. De ahí que concluyéramos:*

*"3º En consecuencia, desde la interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA conjugado con el principio pro actione que cita la sentencia, a la vista de lo específico del caso, hay que concluir que, en efecto, BIENVENIDO GIL, S.L. tenía un interés legítimo en impugnar el acto de incautación de las garantías y evitar el perjuicio jurídico que para tal mercantil implicaría la eventual repetición contra las empresas integrantes de la UTE como obligadas solidarias. Cosa distinta habría sido adentrarse en la procedencia de esa incautación, pero sobre tal cuestión la parte recurrente, la Universidad, no ha planteado que la sentencia incurra en infracción alguna al ceñir su pretensión*



*casacional a que se desestime el recurso de apelación y se confirme la sentencia de inadmisión dictada en primera instancia".*

*C) Conclusiones que resultan de lo anterior.*

*Es claro que el asunto presenta múltiples facetas y que, por la singularidad que representa cada caso, en las distintas sentencias aparecen los rasgos específicos del litigio correspondiente. Así, se ha destacado que no es lo mismo pretender un resarcimiento o evitar la incautación de las garantías presentadas en su día que instar la adjudicación del contrato o concesión. Se ha valorado si hay o no oposición de los demás integrantes de la proyectada unión temporal de empresas o si la que actúa en el pleito a resolver tenía o no la condición de representante único de la misma. Esos son los matices que aparecen en las sentencias invocadas.*

*Por otro lado, conviene precisar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04), no tiene carácter dirimente en lo que ahora se discute ya que, lejos de decir que el Derecho de la Unión Europea niega la legitimación de las empresas integrantes de una unión temporal, se limita a afirmar que "no se opone" a una normativa nacional que establezca esa restricción, que es algo muy diferente y sitúa la cuestión en el ámbito del ordenamiento interno de España.*

*En este panorama jurisprudencial aparentemente indefinido se aprecia que las sentencias que han fallado a favor del reconocimiento de la legitimación individual de la que hablamos, tanto en la Sala Tercera cuanto en la Primera, atienden al principio pro actione y razonan desde la perspectiva propia de la identificación de un concreto interés legítimo en la empresa actuante. Es decir, atienden al elemento material que subyace al concepto de interés legítimo. En cambio, las que han negado la legitimación individual, en vez de preguntarse si beneficia o evita perjuicios a quien pretende la estimación de su recurso, acuden a una construcción formal que les lleva a negar el interés individual y admitir sólo el colectivo en virtud de la oferta común; o, pese a aceptar que ese interés individual existe, lo consideran insuficiente porque atribuyen a la previa actuación conjunta el efecto de desplazarlo por el de la unión temporal.*

*Al razonar de este modo, en vez de detenerse en la constatación de la concurrencia del sustrato material de la legitimación de la recurrente, anticipan un juicio sobre acontecimientos futuros e inciertos, como son los que puedan seguir a la estimación, si es que se acordara.*

*Esta argumentación contrasta, por un lado, con los términos incondicionados en que el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público], se manifiesta sobre quienes pueden interponer el recurso especial en materia de contratación y, por el otro, con la orientación decididamente favorable al reconocimiento de la legitimación activa de los integrantes de las uniones temporales presente en las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa que subraya el escrito de interposición.*



*Asimismo, no tiene en cuenta que las uniones temporales de empresas carecen de personalidad jurídica ni que sus miembros responden solidariamente frente a terceros, de acuerdo con los artículos 7 y 8 de la Ley 18/1982. E, igualmente, no repara en que la Ley de Enjuiciamiento Civil no impone el litisconsorcio activo necesario en supuestos como el presente (artículo 12.1).*

*QUINTO.- El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia y la retroacción de las actuaciones.*

*A) No concurre la causa de inadmisibilidad opuesta por los escritos de oposición (...).*

*B) SERMOS 32, S.L. posee un interés legítimo para recurrir y la sentencia de instancia infringe el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción.*

*El artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción anuda la legitimación para ser parte en el proceso contencioso-administrativo a la titularidad de un derecho o de un interés legítimo. En este litigio, se discute si a la recurrente en la instancia y en casación, SERMOS 32, S.L., le asiste, no un derecho, sino el interés legítimo al que se refiere este precepto.*

*Es conocida –tanto que no requiere de cita de sentencias– la reiterada y constante jurisprudencia que identifica este interés legítimo con el consistente en obtener con el fallo estimatorio un beneficio o una ventaja o en evitar gracias a él un perjuicio o una desventaja. Apremiar su concurrencia es cuestión que se debe resolver caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas de cada litigio. Así, pues, se trata de ver si, de acoger sus pretensiones, SERMOS 32, S.L. lograría un beneficio o ventaja o evitaría un perjuicio o desventaja, de prosperar su recurso.*

*La apreciación de sustento material de la legitimación ha de hacerse atendiendo a las características singulares de cada caso pues solamente a partir de ellas se podrá establecer si, efectivamente, de la suerte del recurso contencioso-administrativo, puede resultar para quien lo interpone el beneficio o ventaja o la evitación del perjuicio o desventaja en que consiste el interés legítimo. Desde esta perspectiva, no es, en principio, relevante la actitud extraprocesal de quienes, formaban parte de la unión temporal de empresas y, mucho menos, la presunción de cuál pudiera ser en el escenario de la hipotética estimación. Debe contar solamente la relación de la recurrente con el objeto del litigio y, en particular, la que se producirá de prosperar sus tesis.*

*En este caso, SERMOS 32, S.L. quiere que, previa anulación de la sentencia de instancia, anulemos también la adjudicación a Lonja del Barranco de la concesión y sentemos la consecuencia de que sea Mercado de San Pedro la adjudicataria.*

*No busca, pues, una indemnización para ella sino la concesión para la unión de la que formaba parte. Extremo éste al que dan importancia los escritos de oposición e, incluso, la sentencia de instancia, pues subrayan que en este caso no es el resarcimiento lo que se pide y así dan a entender que, de haberlo solicitado –como sucedía en los asuntos en que sentencias de esta Sala y del Tribunal de Justicia reconocieron legitimación a un integrante de una unión temporal de empresas– sí debería reconocérsele legitimación. Ahora bien, si se repara en la razón esencial*



*por la que se le ha negado, no es porque la estimación posible del recurso no beneficie a SERMOS 32, S.L. o no le evite un perjuicio, sino por una razón distinta: el carácter colectivo de la oferta presentada a la licitación y la consiguiente subordinación de quienes componen la unión temporal de empresas a la actuación en conjunto.*

*Es decir, la negativa descansa en un juicio sobre la viabilidad futura de una adjudicación en tales circunstancias. O sea, en el juicio anticipado sobre acontecimientos por suceder al que hemos hecho referencia antes.*

*Esta justificación elude la cuestión principal a efectos de la legitimación, que no es otra que la de responder si con el recurso se logra el beneficio o ventaja o se evita el perjuicio o desventaja de los que venimos hablando.*

*Y no tiene en cuenta que, pese a no pedirse aquí un resarcimiento sino, en último extremo, la adjudicación de la concesión, a SERMOS 32, S.L. sí le asiste el interés legítimo que requiere el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción pues la eventual anulación de la adjudicación y la declaración de adjudicataria de Mercado de San Pedro, le colocaría, en cuanto integrante de esa unión temporal de empresas, como hemos dicho, en una posición activa o de ventaja cuyas consecuencias no es el caso de determinar ahora. Es decir, la estimación sí supondría un beneficio para SERMOS 32, S.L. y en obtenerlo, precisamente, reside su interés, que es legítimo, concreto, material, no un mero interés por la legalidad.*

*Este es un motivo suficiente para fundamentar la legitimación activa de SERMOS 32, S.L., correctamente apreciada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla –que no la discutió su legitimación y le ofreció recurso contencioso-administrativo contra su resolución, aunque ahora la corporación municipal defiende lo contrario– y no desvirtúa la participación minoritaria de la actora –de un 25%– en la unión temporal de empresas.*

*Al pronunciarnos de este modo, no sólo seguimos la consolidada jurisprudencia sobre el sentido del interés legítimo del artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción, sino también el criterio más favorable al acceso al proceso, a su vez, manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial. Criterio que observan, además, las sentencias de 28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), de 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), de 13 de mayo de 2008 (casación n.º 1827/2006), de 23 de julio de 2008 (casación n.º 1826/2006) y de 23 de enero de 2012 (casación n.º 1429/2009). Y, también, la n.º 1327/2019, de 8 de octubre (casación n.º 5824/2017), en la que se resolvía la misma cuestión que aquí nos ha planteado la Sección Primera.*

*Precisamos así la jurisprudencia sobre la cuestión. porque la distinción que parece subyacer a ella en función de si se pide o no la adjudicación de la concesión para negar la legitimación cuando se reclama individualmente pero no cuando se pretenden, igualmente de modo individual, resarcimientos o evitar pérdidas desconoce un extremo fundamental. El representado por el hecho de que, también, cuando se quiere el reconocimiento de la condición de adjudicataria de la concesión a la unión temporal de empresas de la que forma parte la que recurre en solitario, se defiende la obtención de una posición de ventaja, no sólo para ella sino también para todas las que la integraban porque, de ser el fallo favorable a esta pretensión, se encontrarán en la misma situación activa o de ventaja.*



*Procede, pues, estimar el recurso de casación y anular la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de Sevilla pues ha infringido el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción.*

*C) La retroacción de las actuaciones (...).».*

Pues bien, de la normativa contractual expuesta así como de la Sentencia 216/2020 del Tribunal Supremo podemos hacer una serie de consideraciones. A saber:

- El carácter incondicionado con el que el artículo 48 de la LCSP se manifiesta sobre quienes pueden interponer el recurso especial en materia de contratación.
- El carácter expreso con el que el artículo 24.2 del Reglamento le reconoce legitimación individualmente a cualquiera de la entidades integrantes de la UTE, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.
- El panorama jurisprudencial aparentemente indefinido en el que se aprecia que las sentencias que han fallado a favor del reconocimiento de la legitimación individual de los miembros de una UTE para recurrir en nombre de ella, atienden al principio pro actione y razonan desde la perspectiva propia de la identificación de un concreto interés legítimo en la empresa actuante, esto es atienden al elemento material que subyace al concepto de interés legítimo. Sin embargo, las que han negado la legitimación individual, acuden a una construcción formal que les lleva a negar el interés individual y admitir solo el colectivo en virtud de la oferta común; o, pese a aceptar que ese interés individual existe, lo consideran insuficiente porque atribuyen a la previa actuación conjunta el efecto de desplazarlo por el de la unión temporal; al razonar de este modo, en vez de detenerse en la constatación de la concurrencia del sustrato material de la legitimación de la recurrente, anticipan un juicio sobre acontecimientos futuros e inciertos, como son los que puedan seguir a la estimación, si es que se acordara.
- La orientación decididamente favorable al reconocimiento de la legitimación activa de los integrantes de las uniones temporales presente en las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos consultivos en materia de contratación pública.



- La apreciación del sustento material de la legitimación ha de hacerse atendiendo a las características singulares de cada caso pues solamente a partir de ellas se podrá establecer si, efectivamente, de la suerte del recurso, puede resultar para quien lo interpone el beneficio o ventaja o la evitación del perjuicio o desventaja en que consiste el interés legítimo. Desde esta perspectiva, no es, en principio, relevante la actitud extraprocesal de quienes formaban parte de la unión temporal de empresas y, mucho menos, la presunción de cuál pudiera ser en el escenario de la hipotética estimación. Debe contar solamente la relación de la recurrente con el objeto del litigio y, en particular, la que se producirá de prosperar su tesis.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto ut supra, FCC AQUALIA al haber interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 299/2019 de este Tribunal, no ha dejado firme su exclusión, de tal suerte que de estimarse dicho recurso por el TSJA, obtendría la adjudicación de la presente licitación a su favor. En este sentido, queda claro que FCC AQUALIA con la interposición del presente recurso especial, en el que denuncia la indebida admisión de la entidad AMEDIDA (adjudicataria y única licitadora actual), persigue un beneficio o ventaja o la evitación de un perjuicio o desventaja, tal cual es que no se formalice ni ejecute el contrato que se analiza.

En definitiva, en base a las consideraciones realizadas, la entidad recurrente como integrante de una unión temporal de empresas está legitimada para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato público.

En consecuencia, conforme a la doctrina expuesta, no es posible admitir los alegatos del órgano de contratación y de la entidad AMEDIDA de falta de legitimación de la recurrente, para la interposición del presente recurso.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación, según la calificación jurídica otorgada por el órgano de contratación en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación, es una concesión de servicios con un valor estimado superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de



contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.c) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles.*

*Dicho plazo se computará:*

*d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.».*

Por su parte, la disposición adicional decimoquinta, referida a las normas relativas a los medios de comunicación, dispone en su punto primero: *«1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

*Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.*

*No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.».*

En el supuesto analizado, según figura en la documentación remitida a este Tribunal, el acto de adjudicación ha sido notificado a la ahora recurrente el 28 de octubre de 2019, por lo que el recurso presentado en el registro de este Tribunal, el 15 de noviembre de 2019, se ha interpuesto en el plazo legal establecido.

En este sentido, no puede admitirse el alegato de AMEDIDA en el que señala que la recurrente debió accionar frente a la admisión de su oferta, dado que la misma es un acto de trámite cualificado que quedó firme al no haber sido recurrido en plazo, de tal forma que el presente recurso contra la adjudicación ha sido interpuesto fuera del plazo legalmente establecido.



En efecto, con la normativa contractual anterior, en supuestos como el examinado, el único recurso posible era el que se interponía contra la adjudicación, aun cuando el motivo en que aquel se fundase fuese el de la indebida admisión de la oferta adjudicataria así como de otras entidades licitadoras. De hecho, hasta la incorporación en la nueva LCSP de este acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, la única opción posible era impugnar formalmente la adjudicación para alegar la indebida admisión de cualquier licitadora, y la nueva ley no impide que siga haciéndose así, pues, salvo que se dicte un acto expreso de admisión que se notifique fehacientemente a las licitadoras potencialmente recurrentes antes de concluir el procedimiento -posibilidad remota teniendo en cuenta que ni siquiera es frecuente que se notifique la exclusión de licitadoras u ofertas antes de la notificación de la adjudicación-, seguirá siendo posible impugnar con ocasión del recurso contra la adjudicación el acto de admisión de cualquier entidad licitadora o de su oferta, al igual que sucede con el acto de exclusión de licitadoras o de ofertas (v.g., entre otras, Resolución 132/2019, de 26 de abril, de este Tribunal).

No constando que, con carácter previo a la adjudicación, se haya producido la notificación del acuerdo de admisión de la oferta de AMEDIDA a la entidad ahora recurrente, ni que esta haya tenido conocimiento de la posible infracción cometida con la citada admisión, como preceptúa el artículo 50.1.c) de la LCSP, únicamente ha podido tener conocimiento del alcance y efectos de dicha admisión, y por tanto combatirla, con la notificación de la resolución de adjudicación, habiendo como se ha expuesto recurrido en el plazo legalmente establecido.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el citado recurso contra el acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha, de 24 de octubre de 2019, solicitando que, con estimación del mismo, se anule, declarando la oferta de la entidad AMEDIDA inadmisibles por cualquiera de los motivos expuestos en el cuerpo del recurso y, en consecuencia, se declare la licitación definitivamente desierta.

Funda su pretensión en los siguientes motivos:

1. Incumplimiento del procedimiento de licitación previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), con quiebra del principio de igualdad de trato.



2. La oferta de la entidad AMEDIDA incluida en el sobre B es incongruente con la del sobre C.
3. Incumplimientos de la oferta de AMEDIDA del PCAP, en lo relativo al estudio económico a incluir en el sobre C.
4. La oferta de AMEDIDA incurre en una manifiesta baja anormal por no justificar un beneficio razonable del contratista.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se manifiesta en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por otra parte, la entidad interesada, AMEDIDA se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en el procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

Por último, la entidad HIDRALIA, como interesada en el procedimiento, en su escrito de alegaciones al recurso, tras transcribir parte del fundamento séptimo de la citada Resolución de este Tribunal 299/2019, afirma lo siguiente: *«mediante las presentes alegaciones ponemos en conocimiento y solicitamos del Tribunal que se pronuncie sobre la existencia de nulidad de pleno derecho en el procedimiento de licitación, por haber valorado las ofertas de las entidades licitadoras contenidas en el sobre 2, de documentación de criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, conociendo el contenido del sobre 3».*

Al respecto, si entendemos tales alegatos de HIDRALIA como una especie de recurso de la entidad interesada ante este Tribunal, ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 193/2017, de 2 de octubre, 6/2018, de 12 de enero, 108/2018, de 17 de abril y 381/2019, de 14 de noviembre, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

**SEXTO.** Como se ha expuesto, en el primer motivo del recuso, la recurrente denuncia el incumplimiento del procedimiento de licitación previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), con quiebra del principio de igualdad de trato.



En este sentido, indica que la mesa de contratación se reunió sin convocatoria pública el 3 de octubre de 2019, vulnerando con ello el artículo 18 del PCAP, que claramente establecía que la propuesta de adjudicación la realizaría la mesa en acto público, invitando a las empresas licitadoras asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la mesa de contratación se convocó en ejecución de la referida Resolución 299/2019 al objeto de acatar formal y materialmente sus determinaciones, siendo en cualquier caso un acto convalidable aplicando la doctrina de conservación de los actos administrativos.

Asimismo, indica que no obstante lo anterior, la mesa en virtud de la propuesta de resolución que eleva al Pleno de la Corporación, adoptado en sesión de 3 de octubre de 2019, tuteló los derechos de las entidades licitadoras al efecto de presentar recurso especial en materia de contratación.

AMEDIDA, en su escrito de alegaciones al recurso, señala que los requisitos de convocatoria de los actos de apertura, así como la lectura de proposiciones, entre otros, han de interpretarse de manera teleológica, de modo que en el presente caso, en tanto en cuanto se trataba de dar ejecución a la decisión de ese Tribunal, no había margen para las valoraciones, a diferencia de una reunión de la mesa para decidir las admisiones u otorgar puntuaciones para proceder a la clasificación de ofertas, de tal suerte que es muy discutible que en reuniones de la mesa meramente ejecutivas puedan o deban estar presente las licitadoras, siendo evidente que no puede anularse una decisión por tal circunstancia, lo que implicaría además dejar de dar cumplimiento a una decisión previa del Tribunal andaluz de recursos.

Vistas las alegaciones de las partes procede el examen de la controversia. Al respecto, es necesario traer a colación la cláusula 18 del PCAP (artículo en la nomenclatura del mismo) en lo que aquí interesa. Dice así: *«La Mesa de contratación, una vez conocida la puntuación de las ofertas presentadas, las clasificará en orden decreciente de valoración, informando de ello a los licitadores asistentes, e invitándoles a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual,*



*previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.».*

La invitación a las entidades licitadoras asistentes a que expongan por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, recogida en la cláusula descrita en el párrafo anterior, trae causa de lo previsto en el artículo 87.1 del RGLCAP que dispone que *«Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.».*

De lo expuesto, se infiere que dicha facultad de las entidades licitadoras, que la recurrente manifiesta que la mesa de contratación que procedió a la ejecución de la citada Resolución 299/2019 no respetó, está prevista únicamente para la sesión pública de la mesa de contratación de apertura de los sobres que contienen la documentación de los criterios de adjudicación a valorar mediante la aplicación de fórmulas, y una vez que dicho órgano colegiado ha procedido a la clasificación de las ofertas admitidas por orden decreciente de valoración, pero no es de aplicación a la sesión de la mesa en la que por mandato de este Tribunal la misma procede a excluir, entre otras, la oferta de la entidad ahora recurrente, con continuación del procedimiento de adjudicación, si no se dan alguno de los supuestos previstos en el artículo 152 de la LCSP.

En todo caso, de entender que en el supuesto examinado sería de aplicación el párrafo transcrito de la cláusula 18 del PCAP, su omisión no ha supuesto indefensión para la entidad ahora recurrente, por cuanto ha podido interponer recurso especial en materia de contratación, contra la decisión del órgano de contratación que trae causa de los acuerdos adoptados por la mesa de contratación.

En base a las consideraciones realizadas procede desestimar el primer motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** En el segundo motivo del recuso, la recurrente denuncia que la oferta de la entidad AMEDIDA incluida en el sobre B es incongruente con la del sobre C.



En este sentido, señala que la tantas veces citada Resolución 299/2019 concluyó afirmando que la oferta de la entonces adjudicataria, en su conjunto, resultaba incongruente dado que *«si una entidad licitadora al configurar su oferta técnica ofrece un determinado número de personal a adscribir a la prestación, y por lo tanto con unas concretas funciones a desarrollar para la ejecución del servicio, ese personal y su coste necesaria e ineludiblemente debe tener un reflejo económico, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado»*.

Al respecto, indica que en el sobre B de la oferta de AMEDIDA, además del personal con dedicación exclusiva a adscribir al contrato al 100%, que se recogía en un cuadro, se ofreció complementar esa plantilla *«con personal especialista a dedicación parcial que prestará su apoyo para tareas específicas que requieren mayor tecnificación o especialización en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio»*, aparte del personal de apoyo de su delegación de Almería (que figuraba en otro un cuadro), y la estructura de apoyo al servicio (que figuraba también en otro distinto).

A su juicio, ese personal especialista, descrito igualmente en un cuadro junto con el adscrito al 100%, incluía, por ejemplo, entre otros, un jefe de servicio sustituto adscrito como mínimo al 15%, un especialista eléctrico adscrito al 15%, una brigada de inspección de saneamiento, también adscrita al 15% y un especialista buscafugas adscrito al 25%, de tal suerte que en el sobre B además del personal adscrito al 100%, también ofrecía personal adscrito parcialmente.

Entiende la recurrente que ese personal adscrito parcialmente tiene un coste, que debería de haber tenido su reflejo en el estudio económico de AMEDIDA, pero no lo tiene. En este sentido, indica que el coste de personal que incluye dicha entidad en el estudio económico es de 217.342 euros, que solo cubre el personal adscrito al 100%, aplicando el convenio sectorial, no incluyendo por tanto coste alguno de ese personal adscrito parcialmente al servicio, cuyo coste aplicando el mismo convenio sería de 32.208,64 euros.

Concluye la recurrente afirmando que le sería igualmente aplicable a la oferta de AMEDIDA la doctrina de la Resolución 299/2019, pues resultaría igualmente que una parte de la oferta (sobre B) entra en contradicción con la otra (sobre C), *«pues de lo contrario se estaría conculcando la integridad de la misma, lo que haría imposible entre otras cuestiones conocer cuál es la verdadera intención de la ofertante, sin que sea posible en este momento del procedimiento»*; con independencia de que ese personal adscrito parcialmente al



servicio no fuera objeto de baremación, pues lo cierto es que sí se ofrecía al órgano de contratación en el sobre B, pero no se recogía su coste en el sobre C, por lo que la situación sería idéntica a la que se le tuvo en cuenta a la oferta de la UTE adjudicataria en la Resolución 299/2019 para excluirla.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que tal como reconoce la recurrente, en el sobre B de la oferta de AMEDIDA, era claro y preciso que el personal adscrito era al 100% del servicio, entendiendo la mesa de contratación la plena adecuación y congruencia en el estudio económico presentado por dicha entidad en el sobre C, por lo que no formuló requerimiento ni de aclaración ni de adecuación, reiterando en cualquier caso que la entidad AMEDIDA ofertaba "otro personal" con distintos grados de participación en el desarrollo del contrato, y ciertamente sin asignarle un coste específico en el estudio económico, pero en cualquier supuesto el PCAP no lo exigía.

Por último, AMEDIDA, en su escrito de alegaciones al recurso, afirma que ambas ofertas, la suya y la de la UTE de la cual la ahora recurrente era miembro, no eran comparables por los siguientes motivos:

1. En primer lugar, el órgano de contratación nunca ha apreciado, ni ha manifestado, ni ha sembrado la más mínima duda sobre cuál es el personal que ofrecía AMEDIDA en su proposición técnica, por la cual recibió la puntuación correspondiente bajo la consideración de plena coherencia con el coste asociado en el sobre B y de respeto a las exigencias del PCAP en cuanto a la cuantía del personal mínimo a adscribir y el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación.

Sin embargo, en la proposición de la que la recurrente formaba parte, la incongruencia de su oferta ya se puso de manifiesto en el acta de la mesa de contratación de 9 de enero de 2019 de apertura del sobre C.

2. Su oferta contempla la dedicación de 9 personas adscritas al 100% al servicio y con dedicación exclusiva, de conformidad con lo previsto en los pliegos, y su reflejo económico en el sobre C es acorde y coherente con dicho personal.

Asimismo, indica que en su oferta afirmaba que *«Aparte de este personal exclusivo del servicio de Garrucha, AMEDIDA complementará la plantilla con personal especialista a dedicación parcial que prestará su apoyo para tareas específicas que requieren mayor tecnificación o especialización en función de las necesidades surgidas*



*durante la explotación del servicio. El servicio también dispondrá del personal de apoyo de la delegación Almeriense - Levante que prestarán su apoyo ante contingencias y situaciones sobrevenidas que requieran de su colaboración.».*

En este sentido, señala que es evidente que ni ella ni mucho menos la ahora recurrente pueden prever cuál será la utilización de dicho personal, ni cuáles serán las necesidades que, en su caso, puedan surgir durante la explotación del servicio. Sobre el particular, indica que en su oferta no se indica necesariamente que el personal deba ser personal directamente contratado, o pueda ser subcontratado, o contratado a través de una relación mercantil (no se indica la relación que lo unirá con AMEDIDA), de la misma forma, que su delegación almeriense puede prestar su apoyo ante "contingencias y situaciones sobrevenidas" cuya eventual existencia o no escapa a todas las partes.

Para AMEDIDA, es evidente que el personal complementario que menciona en su oferta, por la indefinición e incertidumbre existente en su necesidad, no constituye un "determinado número de personal", ni unas "concretas funciones a desarrollar", habiéndose presentado siempre en términos de posibles soluciones adicionales en caso de necesidades surgidas o contingencias y situaciones sobrevenidas, que excedan de las posibles horas extras o retenes del personal mínimo.

Sin embargo, señala que la exclusión de la UTE de la que forma parte la recurrente, lo fue por incluir en su oferta una discrepancia muy distinta, que no fue capaz de justificar ante el órgano de contratación, y que fluctuaba entre un sobre B que contemplaba un total de 19 personas y un sobre C en el que aparecían 26 personas en la parte de gastos fijos de personal, de las cuales solo respecto de 9 se contempla un coste anual con la consiguiente expresión de "sin coste" de los 17 restantes.

A su juicio, la ahora recurrente no realizó adecuadamente su proposición en su intento de conseguir una puntuación muy superior a la del resto de concursantes y no puede pretender que el resto de las ofertas, sin haber suscitado duda alguna sobre su alcance y prestaciones a la hora de evaluarlas, sean ahora reinterpretadas a su gusto y abocadas al mismo desacierto que en el que ella ha incurrido. Y por lo tanto, no estando en circunstancias iguales, no puede alegarse infracción del principio de igualdad.

Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, procede traer a colación aquellas partes de la oferta de AMEDIDA, incluidas en su sobre B, relacionadas con el alegato de la recurrente de



que determinado personal, que denomina parcialmente adscrito al servicio, no tuvo su reflejo en los costes del estudio económico de dicha entidad.

En este sentido, dicho oferta dispone lo siguiente: *«AMEDIDA propone la siguiente tabla de personal con dedicación exclusiva y adscrito al contrato al 100% cuya contratación estará sujeta al V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas residuales publicado en el BOE de fecha 4 de noviembre de 2015. Esta plantilla será la mínima a mantener durante toda la concesión. Aparte de este personal exclusivo del servicio de Garrucha, AMEDIDA complementará la plantilla con personal especialista a dedicación parcial que prestará su apoyo para tareas específicas que requieren mayor tecnificación o especialización en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio. El servicio también dispondrá del personal de apoyo de la delegación Almeriense - Levante que prestarán su apoyo ante contingencias y situaciones sobrevenidas que requieran de su colaboración.»*.

Asimismo, a continuación de lo expuesto, AMEDIDA en su oferta expone un organigrama del personal para la ejecución del contrato que se licita, que incluye en una parte del mismo el personal de apoyo especialista a dedicación parcial, del que forma parte, entre otros, un especialista eléctrico, una brigada de inspección de saneamiento y un especialista buscafugas.

Queda, pues, claro que AMEDIDA además del personal con dedicación exclusiva ofertó complementar la plantilla con personal especialista a dedicación parcial que prestaría su apoyo para tareas específicas que requieren mayor tecnificación o especialización. La controversia radica en que a juicio de la recurrente dicho personal especialista a dedicación parcial debería de haber tenido su reflejo en el estudio económico de AMEDIDA pero no lo tiene. Por su parte, dicha entidad afirma que el citado personal especialista lo sería, como expone en su oferta, en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio, indicando que por la indefinición e incertidumbre existente en su necesidad, no constituye un "determinado número de personal", ni unas "concretas funciones a desarrollar", habiéndose presentado siempre en términos de posibles soluciones adicionales en caso de necesidades surgidas o contingencias y situaciones sobrevenidas, que excedan de las posibles horas extras o retenes del personal mínimo.

Pues bien, para resolver la controversia, ha de tenerse en cuenta, además de todo lo expuesto en la tantas veces citada Resolución 299/2019 de este Tribunal, lo siguiente:



1. El ofrecimiento por parte de AMEDIDA de personal especialista a dedicación parcial que prestará su apoyo para tareas específicas que requieren mayor tecnificación o especialización, así como del personal de determinada delegación que prestarán su apoyo ante contingencias y situaciones sobrevenidas que requieran de su colaboración, en mayor o menor medida, suponen un coste que la entidad licitadora ha de estimar dentro de sus facultades de planificación y organización empresarial, debiendo en el supuesto examinado ser objeto de control por parte del órgano de contratación en el análisis de su estudio económico, formando parte del riesgo y ventura del contratista el hecho de que estas situaciones inciertas se den en mayor o menor grado o que su coste real pudiese diferir del estimado.

2. Aunque referido al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato, la LCSP en su artículo 100.2 dispone en cuanto al primero que se desglosará indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y, sobre el valor estimado del contrato, el artículo 101 de dicha ley establece que para su cálculo deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

En este sentido, en lo que aquí interesa, el apartado B «Estudio económico» de la cláusula 8 del PCAP dispone que *«Este estudio deberá ser realizado por los licitadores con el mayor rigor y minuciosidad posible para la obtención de forma clara de un estudio de los ingresos y costes del servicio. Deberá tenerse especial atención a las siguientes premisas:*

- *Se reflejarán los ingresos obtenidos con la aplicación de las tarifas vigentes.*
- *Se deberá reflejar todos los costes del servicio por cada uno de los servicios.*
- *Las inversiones realizadas: canon inicial anticipado, ITP, medios, etc,...*

*El estudio económico se realizará desglosando, lo más detalladamente posible, las diferentes partidas que integran la oferta a incluir en el sobre C, mostrando con transparencia del procedimiento seguido para la determinación de los ingresos y costes del servicio por cada uno de los servicios»* (el subrayado es nuestro). Dicho desglose, en el supuesto examinado, en función de lo expuesto, y en relación con todos los costes del servicio para cada uno de los servicios, debería contener al menos los costes directos e indirectos, otros eventuales gastos que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.



3. El hecho de que el ofrecimiento de personal especialista a dedicación parcial así como personal de apoyo de determinada delegación empresarial, lo sea en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio o ante contingencias o situaciones sobrevenidas, no significa que no tuvieran un coste para el servicio, y por supuesto para dicha entidad, siendo un coste que ha de soportar la oferta al estar el ofrecimiento dentro de la proposición. En este sentido, aun cuando, como se señala en las alegaciones de AMEDIDA, en la oferta no se indique que el personal deba ser directamente contratado, o pueda ser subcontratado, o contratado a través de una relación mercantil, su coste debería imputarse en función del tiempo efectivo que se estimara que pudiese estar destinado al contrato que se licita.

En efecto, no es posible considerar a coste cero o sin coste la aportación de personal propio o contratado, a estos efectos, por la empresa licitadora, o a través de una relación mercantil, pues supone en todo caso un coste para la contratista que tiene que dedicar un personal contratado para un servicio a otro diferente, o desembolsar determinada cantidad originada en la relación mercantil, por lo que deben preverse o estimarse unos costes que han de imputarse al contrato, circunstancia que no concurre en el estudio económico de la oferta de la entidad AMEDIDA en los términos expuestos, como ella mismo reconoce, al señalar que su estudio económico (por las razones que se han expuesto y analizado) solo recoge las 9 personas adscritas al servicio con dedicación exclusiva.

4. En definitiva, no es posible admitir el argumento de que el personal especialista a dedicación parcial así como personal de apoyo de determinada delegación empresarial, son a coste cero o sin costes (al estar en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio o ante contingencias o situaciones sobrevenidas), como si este personal estuviera carente de costes salariales y de seguridad social, entre otros, de tal suerte que bien se trate de personal de plantilla o de nueva incorporación, ya sea de forma parcial o en exclusividad, toda persona trabajadora tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse a esta actividad en lugar de otra. De igual forma, de realizarse dichas actuaciones a través de una relación mercantil, la misma necesariamente supone un coste que es preciso prever o estimar.

En este mismo sentido se han manifestado este Tribunal en sus Resoluciones 159/2020, 160/2020, y 161/2020, de 1 de junio, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en sus Resoluciones 25/2018, 17 de enero y 403/2018, 19 de diciembre, así como el Tribunal



Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos en su Acuerdo 8/2018, de 15 de mayo.

Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 25/2018 dispone que *«Si bien es cierto que la empresa en su justificación aduce que va a poner personal propio adscrito a la “Central de Madrid y la de respaldo de Sevilla” y que parece que asume los costes correspondientes, este Tribunal ya ha señalado en varias ocasiones que esa aportación de personal propio de la empresa no puede considerarse a coste cero puesto que, como indica el informe del Interventor, en todo caso supone un coste para la empresa que tiene que dedicar un personal contratado para un servicio a otro diferente, por lo que deben preverse unos costes que han de imputarse al contrato y que en este caso no se han contemplado en el cuadro de cuenta de resultados de la justificación de la oferta.*

*De ahí que sea razonable el informe en su rechazo de la justificación respecto de esta cuestión.».*

Y en su Resolución 403/2018 que *«En consecuencia, con lo anteriormente manifestado este Tribunal ha comprobado la no justificación de la viabilidad de la oferta efectuada por la recurrente pudiendo destacar: (...) 2. No contempla costes ni de formación, ni de instalación y mantenimiento, que requieren cinco formadores y cinco técnicos, todos personal cualificado, bajo el peregrino argumento de que estas tareas serán realizadas por personal de plantilla, como si este personal estuviera carente de costes salariales y de seguridad social. Bajo cualquier perspectiva, la plantilla tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse a esta actividad en lugar de otra.».*

Asimismo, en sentido similar, se pronuncia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 101/2017, de 8 de marzo de 2017, recurso 87/2016, interpuesto contra la Resolución 220/2015, de 23 de diciembre, del citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este sentido, dispone la sentencia en el párrafo segundo de su fundamento cuarto, lo siguiente: *«Pues bien, es lo cierto que aunque se aceptara que la razón de no incluir las actuaciones complementarias en el Estudio Económico fuera que eran ofertadas de forma gratuita, sin coste para la Administración, ello no significa que no tuvieran un coste para la recurrente y para el servicio, siendo un coste que ha de soportar la oferta al implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato.».*



5. Este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, circunstancias que como se ha expuesto no concurren en el supuesto examinado.

En este sentido, entre otras, en la Resolución 131/2017, de 27 de junio, de este Tribunal, en lo que aquí interesa, la recurrente alegaba que *«La oferta adjudicataria ha vulnerado la normativa laboral, pues no puede darse cumplimiento al convenio colectivo que sea aplicable efectuando una oferta tan desproporcionada y temeraria como es ofrecer un puesto de trabajo a coste cero»*. Por su parte el órgano de contratación en el informe al recurso señalaba que *«La proposición adjudicataria no anula la nota de onerosidad del contrato, pues el coste cero en una de las tarifas del contrato se retribuye con cargo al precio general del mismo. La empresa adjudicataria tiene libertad para presentar su oferta de conformidad con su estrategia comercial siempre que no incumpla los pliegos»*. Y por otra parte la entidad adjudicataria indicaba *«que ofertó un precio global para la realización del servicio y no cabe colegir que incurra en anormalidad o desproporción, permitiendo dicho precio el cumplimiento íntegro de las obligaciones asumidas»*. Tras lo cual, una vez examinada la controversia este Órgano concluyó lo siguiente: *«(...) en definitiva, la viabilidad de esta [la oferta de la adjudicataria] ha de apreciarse, no en atención a sus distintos componentes por separado, sino en relación al conjunto de la prestación, siendo perfectamente posible, como de hecho sostiene la doctrina expuesta de los tribunales de recursos contractuales, compensar costes entre las distintas partidas en que se desglosa el contrato o aplicar otro tipo de estrategias empresariales que permitan la ejecución del contrato del modo más satisfactorio para la entidad contratante -que no paga ningún precio por las horas de un determinado perfil- y con margen de beneficio, asimismo, para la entidad contratista»*.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1187/2018, de 28 de diciembre, concluía que *«Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios –compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima*



*de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito».*

También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el de Castilla y León, se han pronunciado de forma similar. El primero de ellos, en su Resolución 349/2018, de 8 de noviembre, en la que establecía que *«En tercer lugar, en tanto que se pueden proponer [mejoras] a coste cero siempre que su coste real sea asumible con cargo al beneficio industrial o los gastos generales de la oferta realizada tiene poco o ninguna lógica incrementar su importe con esos mismos conceptos con cargo a los cuales se financian».*

Y el segundo en su Resolución 98/2015, de 15 de diciembre, indicaba que *«Pues bien, este Tribunal, acogiendo la doctrina expuesta, comparte el criterio y los argumentos expuestos por el órgano de contratación en su informe y considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros por dos de los tres servicios objeto del contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse, como así afirma la adjudicataria, que el coste de los servicios de comidas y de lavandería se retribuye con cargo al precio general del contrato (de hecho, la adjudicataria oferta el precio de la ayuda a domicilio más elevado de las cinco licitadores, lo que refuerza tal conclusión)».*

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, no siendo alguno de los supuestos de las resoluciones analizadas en el argumento quinto el que concurre en el caso examinado en la presente resolución, procede estimar el recurso interpuesto, declarando que conforme a lo expuesto la entidad AMEDIDA, en los términos recogidos en la presente resolución, no ha reflejado en el estudio económico, a incluir en el sobre C, dentro del cálculos de los costes, los derivados del personal especialista ofertado a dedicación parcial que prestaría su apoyo para tareas específicas que requieran mayor tecnificación o especialización en función de las necesidades surgidas durante la explotación del servicio.

La corrección de la infracción legal cometida, que ha sido anteriormente analizada, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha, de 24 de octubre de 2019, con retroacción de las actuaciones para que por el órgano de contratación se proceda a la exclusión de la oferta presentada por la entidad AMEDIDA, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.



**OCTAVO.** Los efectos de la estimación del anterior motivo del recurso harían innecesario el análisis del resto del mismo. No obstante, conforme al principio de congruencia y con objeto de dejar zanjada la cuestión, se va a proceder a su examen.

Al respecto, en el tercer motivo del recuso, la recurrente denuncia determinados incumplimientos de la oferta de AMEDIDA del PCAP, en lo relativo al estudio económico a incluir en el sobre C.

En este sentido, señala que conforme a la cláusula 8 del PCAP, para la elaboración del estudio económico, se tendría en cuenta por todas las entidades licitadoras un IPC del 1,5%, y en su cláusula 12 que la revisión de precios sólo procedería una vez transcurridos los dos primeros años del contrato. Sin embargo, afirma que AMEDIDA, si bien no contempla subida de tarifas los dos primeros años, aplica en el tercer año no el IPC del 1,5%, sino una “subida” del 2,5%, lo cual a su vez afecta obviamente al resto de ejercicios.

Concluye que a su juicio, AMEDIDA no cumple con las citadas exigencias del PCAP para elaborar su estudio económico, lo que le permitió aumentar los ingresos en su estudio a lo largo de los 25 años y, por tanto, mejorar sus datos de rentabilidad económica del proyecto, lo cual, además, afectaría a la posterior justificación de su baja anormal.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el objeto de lo especificado en el PCAP, era que las licitadoras estimasen el crecimiento de usuarios y consumo correspondiente, y obviamente, la pretensión no era (apriori) que realizasen cada una de dichas entidades su propia previsión de crecimiento del IPC, pero quizá la redacción no fue del todo clara, hecho que se aclarará en un supuesto inicio de procedimiento de licitación mediante procedimiento negociado sin publicidad, si se estimase el presente recurso.

En cualquier caso, señala el informe al recurso, sobre la base del propio PCAP que el único motivo y supuesto para inadmitir una oferta, en relación a dicho estudio económico, era el que no se justificase “el beneficio razonable del contratista”, y precisamente a la licitadora AMEDIDA se le requirió, en la sesión de la mesa de contratación de 9 de enero de 2019, que justificara y desglosara razonada y detalladamente su oferta económica, ratificando la mesa en la sesión de 18 de enero de 2019 (previa justificación por dicha entidad) que se acreditaba la plena justificación y viabilidad de la oferta económica, por lo que realmente



dicho órgano colegiado no apreció motivo para inadmitir la oferta de AMEDIDA por el contenido de su estudio económico.

AMEDIDA, en sus alegaciones manifiesta que en el estudio económico de su oferta están perfectamente definidos e identificados en tablas diferentes los conceptos de IPC y de revisión de tarifas. En este sentido, señala que el concepto de IPC se utiliza en el pliego para exigir a las ofertantes que evolucionen sus costes en función de dicha variable; la tarifa, sin embargo, constituye un valor monetario que forma parte de la retribución del contratista, cuya vinculación al IPC prohíbe la Ley de Desindexación de la Economía Española, y desde luego no exige el pliego en el sentido argumentado por la recurrente.

A su juicio, la alegación sobre la llamada subida del 2,5% carece de sentido pues mezcla y confunde ambos conceptos, intentando hacer parecer que en la oferta existe un incumplimiento de la cláusula 12 cuando en su propia oferta ha entendido perfectamente el concepto contrario, ya que si no, hubiese incurrido en causa de exclusión.

Concluye AMEDIDA afirmando que el estudio económico de su oferta cumple estrictamente las indicaciones dadas en el pliego para su elaboración. En este sentido, señala que sigue la estimación indicada por el pliego del 1,5% de IPC, aunque sólo a partir del tercer año, y en dicho año, cuando lo aplicable sería el 3% (por acumulación del 1,5% de cada uno de los dos primeros años) no se sobrepasa el 2.5% previsto por el pliego

En cualquier caso, señala que a requerimiento de la mesa de contratación, justificó y desglosó su oferta económica, habiéndola validado dicho órgano colegiado el 18 de enero de 2019, por lo que no existe incumplimiento alguno.

Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto, en lo que aquí interesa, el apartado B «Estudio económico» de la cláusula 8 del PCAP dispone que:

*«Los licitadores habrán de considerar los datos iniciales aportados por el Ayuntamiento en el denominado año cero del servicio y determinarán los gastos de partida para su primer año (año 1) del servicio, al que se referirán los gastos presentados en el estudio económico entregado al Ayuntamiento.»*

*Se considerarán como fuentes de suministro de agua en alta las actuales, a un precio de agua en alta de 0,66 €/m3 comprado para el año 1, evolucionando al IPC anual durante toda la concesión.*



*Respecto a la depuración se considerará para todo el estudio que se realiza con los medios actuales, con un coste para el año 1 de 0,25€/m3 depurado, evolucionando su coste al IPC anual durante toda la concesión.*

*(...)*

*Se realizará con un IPC del 1,5% y crecimiento propuesto por cada licitador.*

*Como se ha señalado anteriormente el contrato es de concesión de servicios y el concesionario asume sus hipótesis de crecimiento, con lo que el Ayuntamiento de Garrucha no asumirá en ningún caso responsabilidad sobre las previsiones de crecimiento realizadas por los licitadores y no podrán servir de base para futuras reclamaciones o desviaciones del plan de ingresos ofertado.».*

Asimismo, la cláusula 11 del citado pliego «Retribución y tarifas año 1º de la concesión» establece que «*El concesionario se retribuirá de las tarifas definidas en las ordenanzas fiscales vigentes, que obtenga de los contribuyentes.*

*Las tarifas que se aplicarán durante el primer año de gestión, serán las actualmente vigentes que están recogida en las ORDENANZAS FISCALES Y GENERALES ya expuestas anteriormente.*

*Anualmente y a partir del segundo año de explotación, es decir enero de 2021, se revisarán estas tarifas mediante el coeficiente k detallado en el siguiente apartado y afectando independientemente a cada uno de los conceptos tarifarios.».*

Y, por último, la cláusula 12 del mismo pliego dispone que «*Conforme al último párrafo del artículo anterior. El régimen de revisión de precios se determinará conforme al RD 55/2017 de 3 de febrero y expresamente conforme al artículo 103 a 105 de la LCSP sin que sean revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial.*

*La revisión de precios del contrato tendrá lugar de acuerdo con lo establecido en el Artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero (RDDEE) que desarrolla la ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (LDEE), una vez transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario ejecutar el 20% de la prestación, es decir a partir de enero de 2021.*

*(...) la revisión de precios se efectuará por aplicación de la siguiente fórmula polinómica:*

$$T(n+1) = T(n) \times K(n+1)$$

*Siendo:*

*T(n): Tarifa vigente en el año (n) o en el inicio del contrato.*

*T(n+1): Tarifa a aplicar año (n+1).*

*K(n+1): Coeficiente de revisión, en el momento (n+1). Aplicable sobre los distintos conceptos tarifarios del servicio.».*



Dicho coeficiente se calcula mediante una fórmula en base a la variación del precio unitario de la compra de agua en alta (€/m<sup>3</sup>) en el momento de revisión, al índice de precios de la industria manufacturera, al índice de precios de la mano de obra, al índice de precios de la energía y al índice de captación, depuración y distribución de agua.

De las cláusulas expuestas se infieren una serie de conclusiones para poder resolver la controversia. En primer lugar, el IPC previsto para la elaboración del estudio económico, nada tiene que ver con lo dispuesto en las cláusulas 11 y 12 del PCAP. En efecto, el IPC recogido en el estudio económico solo está previsto para que las entidades licitadoras puedan elaborar su estudio económico a presentar con su oferta, mientras que las cláusulas 11 y 12 regulan las tarifas durante la ejecución del contrato, de tal suerte que, como se encarga de aclarar la cláusula 8 del PCAP, «*el concesionario asume sus hipótesis de crecimiento, con lo que el Ayuntamiento de Garrucha no asumirá en ningún caso responsabilidad sobre las previsiones de crecimiento realizadas por los licitadores y no podrán servir de base para futuras reclamaciones o desviaciones del plan de ingresos ofertado*».

En segundo lugar, el IPC recogido en la cláusula 8 del PCAP es del 1,5% anual. En este sentido, según se dispone en dicha cláusula, el estudio económico ha de ser elaborado por las licitadoras con los siguientes costes en euros por metro cúbico, en lo que aquí interesa, durante los tres primeros años y en cuanto a los costes del agua en alta y depurada:

	Año 1	Año 2	Año 3
Agua en alta	0,66	0,66 + 1,5% de 0,66	(0,66 + 1,5% de 0,66) + 1,5% de (0,66 + 1,5% de 0,66)
Agua depurada	0,25	0,25 + 1,5% de 0,25	(0,66 + 1,5% de 0,25) + 1,5% (0,66 + 1,5% de 0,25)

En el supuesto analizado, la recurrente afirma que AMEDIDA en su estudio económico, si bien no contempla subida de tarifas los dos primeros años, aplica en el tercer año no el IPC del 1,5%, sino una “subida” del 2,5%. Sin embargo, este Tribunal no puede darle la razón a la recurrente. En efecto, como se ha expuesto, respecto al IPC recogido en la cláusula 8 del PCAP, con independencia de que se hable de costes o tarifas, en el tercer año no se aplica el 1,5% de la cantidad del año 1, como pretende la recurrente, sino que se aplica el 1,5% para cada año, esto es para el año 2 se aplica dicho porcentaje, para el año 3 ese porcentaje sobre el acumulado, y así sucesivamente.



En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el segundo motivo del recurso.

**NOVENO.** En el cuarto y último de los motivos del recuso, la recurrente denuncia que la oferta de AMEDIDA incurre en una manifiesta baja anormal por no justificar un beneficio razonable del contratista.

En este sentido, señala que AMEDIDA no justificó, por un lado, su oferta incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, y por otro lado, la previsión contenida en apartado B «Estudio económico» de la cláusula 8 del PCAP, que dispone que *«No se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo»*; y ello en base a los siguientes argumentos relativos a la oferta de la citada entidad AMEDIDA:

1. Aplica un 3% de gastos generales, lo que a su juicio dista mucho de ser razonable, inflando artificialmente los beneficios previstos, sin ninguna justificación ni explicación expresa, y que únicamente podría entenderse justificada en su “interés comercial”, lo que ya habría sido suficiente para considerar su oferta, inicialmente incurso en baja anormal, como inviable. En este sentido, señala que aplicar en el estudio económico un 3% de gastos generales es absolutamente injustificable, y en definitiva es un claro reconocimiento de que, aplicando el porcentaje normal, las cuentas no saldrían, lo que supone que dicho estudio económico no justifica un beneficio razonable del contratista, porque no es razonable que se calcule sin tener en cuenta los gastos que se requieren para mantener el funcionamiento de la propia empresa, y no digamos ya sin hay otros costes indirectos que tampoco se incluyen en el citado estudio económico.

2. En la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, menciona expresamente una serie de partidas sin coste, que se supone irían a cargo de los inexistentes gastos generales. Concretamente indica que en el estudio de gastos operativos, aparecen sin coste las siguientes partidas: mantenimiento de programas y aplicaciones, medios y equipos de oficina técnica y equipos de control de vertidos, que conforme a la propia oferta son muy importantes, dado su enfoque “desde un punto de vista altamente tecnológico”. Además, puntualiza, que el coste del personal que la oferta de AMEDIDA considera adscrito al servicio a tiempo parcial, y que reproduce en su documentación acreditativa de viabilidad, supera el 3% de



gastos generales que se mencionan, y eso que a ese personal no le aplican el convenio del sector, costes que no son generales, pues son directos del servicio, es decir personal que va a atender directamente (en persona) determinadas necesidades del servicio, si bien no de forma permanente.

3. El coste más relevante que se omite es una parte significativa del gasto financiero que genera el pago, a la firma del contrato, del canon de la concesión, que se recupera a lo largo de los 25 años con los ingresos por las tarifas. Señala que AMEDIDA ofreció un canon de 3.800.000,00 pero que solo preveía financiación para el 65% de ese importe, a un tipo de interés del 2,65%, mediante un préstamo a 15 años. Sin embargo, señala que por el resto, esto es 1.330.000,00 euros, supuestamente, no existirían gastos financieros, pues AMEDIDA solo llega a afirmar que su pertenencia a un conocido grupo de empresas le proporciona un coste de financiación probablemente inferior al resto de licitadoras, pero desde luego no dice que le permite disponer de más de un millón de euros sin ningún coste financiero.

Concluye la recurrente que ello es una nueva muestra de que no le salían las cuentas, y que por eso tenía que aplicar un 3% de gastos generales y un 0% de gastos de financieros a esa parte del canon, además de perdonar otros costes y no repercutir el coste del personal parcialmente adscrito.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso dispone que no detectó a priori y en dicha fase que el estudio económico de AMEDIDA fuera o pudiera ser incompleto, o se fundamentara en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico, que tampoco se detectó en ningún apartado del sobre B de su oferta, entendiéndose que, con su justificación, se acreditaba la plena justificación y plena viabilidad de la oferta económica, no existiendo igualmente ninguna exigencia en el pliego sobre el porcentaje de gastos generales a aplicar en la oferta, ni en relación al coste financiero a imputar en el estudio económico, ni tampoco limitación con respecto de las partidas que se pudieran ofrecer sin coste, no se apreció motivo alguno de inadmisión.

Por último, AMEDIDA, en su escrito de alegaciones señala que conforme al parecer de los expertos técnicos del órgano de contratación, quedó clara la viabilidad plena de ejecución de la oferta como así se admitió expresamente en el acta de 18 de enero de 2019, por lo que no procede su revisión tampoco en cuanto al fondo, al responder a la discrecionalidad técnica de la Administración, en la que el Tribunal no puede entrar



salvo error palmario o carencia de toda motivación, discrecionalidad que no puede ser sustituida por la mera visión de parte de la recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. En este sentido, respecto al argumento de la recurrente relativo al 3% de gastos generales, es preciso traer a colación, como se señala en el recurso, la citada Resolución 299/2019. En ella se disponía que los gastos generales son aquellos necesarios para el funcionamiento de la empresa, para mantener la actividad de la misma que no pueden asignarse directamente a un elemento concreto, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen.

Así, a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos, en la oferta de AMEDIDA pueden entenderse incluidos en los gastos generales, dentro de la parte correspondiente al contrato que se licita y que no estuviesen vinculados a él, los que se deriven de la gerencia o directiva empresarial, del personal técnico y administrativo o de cualquier tipo, gastos financieros en general, amortizaciones y mantenimiento, entre otros.

Conforme a lo expuesto, este Tribunal entiende que en principio el citado 3% de gastos generales podría ser insuficiente, circunstancia que no es posible verificar ya que AMEDIDA no desglosa ni justifica al menos mínimamente la cuantía de los gastos generales en los que incurre, ni en su oferta, ni en su estudio económico, ni en la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, incurra inicialmente en baja anormal.

En el segundo argumento, la recurrente expresa que en la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, AMEDIDA menciona expresamente una serie de partidas sin coste, tales como mantenimiento de programas y aplicaciones, medios y equipos de oficina técnica y equipos de control de vertidos, además del que supone el del personal adscrito al servicio a tiempo parcial. En cuanto a este último, su necesidad de que ha de formar parte de los costes del contrato ya ha sido declarada por este Tribunal en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución, al que se ha de remitir. En este sentido, la misma argumentación ha de esgrimirse con el resto de gastos alegados por la recurrente, toda vez que salvo la expresión sin costes, ya analizada anteriormente, nada se justifica al respecto, ni en la oferta, ni en el estudio económico, ni en la documentación acreditativa de la viabilidad de aquella, ni tan siquiera el hecho de que pudiesen subsumirse en los gastos generales, a pesar de la escasa cuantía de éstos, o en el beneficio industrial.



Por último, respecto al tercer argumento, la recurrente afirma que el 35% del canon ofertado por AMEDIDA, esto es 1.330.000,00 euros, lo ha hecho sin imputar gastos financieros. En este sentido, ha de darse la razón a la recurrente, dado que dicho coste ha de imputarse al contrato, pues la disposición a favor del órgano de contratación de esa cantidad a amortizar durante la duración de la concesión no está exenta de costes, bien directo por dedicarla a este contrato, bien indirecto por pérdida de oportunidad de dedicarla a esta actividad en lugar de a otra.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el cuarto y último motivo del recurso.

**DÉCIMO.** Por último, en cuanto a la pretensión de la entidad recurrente, que se declare la licitación definitivamente desierta, es necesario poner de manifiesto que este Tribunal solo tiene funciones revisoras de los actos que se recurran ante él (artículo 57.2 de la LCSP), no siendo esta la vía para solicitar que se pronuncie sobre determinados extremos que no son de su competencia.

Por tanto, careciendo este Órgano de competencia para pronunciarse sobre ello, ha de ser el órgano de contratación al que corresponde acordar, si ha lugar, la declaración de desierta de la licitación (v.g. Resoluciones de este Tribunal 277/2019, de 6 de junio, 337/2019, de 18 de octubre y 428/2019, de 19 de diciembre, entre otras muchas). En este sentido, una de las novedades de la LCSP -respecto a la normativa anterior- es la prevista en su artículo 57.4 que exige al órgano de contratación, en el caso de estimación total o parcial de recurso, dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FCC AQUALIA, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha, de 24 de octubre de 2019, en relación con el procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en el municipio de Garrucha” (Expte. 2018/049530), convocado por el Ayuntamiento de



Garrucha (Almería) y, en consecuencia, anular el acto impugnado, con retroacción de las actuaciones para que por el órgano de contratación se proceda a la exclusión de la oferta presentada por la entidad AMEDIDA, con base en los fundamentos de derecho de la presente, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

