

Recurso 301/2019

Resolución 54/2020

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

Sevilla, 14 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades denominadas **HIDROGESTION, S.A.** y **TÉCNICAS DE DESALINIZACIÓN DE AGUAS, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 9 de julio de 2019, con relación al procedimiento de contratación denominado “Concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración del Municipio de Pozoblanco” (Expte. GEX 1881/2019), promovido por el Ayuntamiento de Pozoblanco (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de abril de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 59.586.915 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraban las entidades ahora recurrentes que licitaron con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas (UTE) en caso de resultar adjudicatarias, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.



SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 23 de mayo de 2019, tiene lugar sesión de la mesa de contratación relativa a la apertura del sobre 1 de las ofertas, en la que se contiene la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para la participación en el procedimiento de licitación. Según se desprende del correspondiente acta, entre otras cuestiones, la mesa de contratación acuerda solicitar a HIDROGESTION, S.A. y TÉCNICAS DE DESALINIZACIÓN DE AGUAS, S.A. (en adelante la UTE) que subsane determinada documentación.

CUARTO. Con fecha 13 de junio de 2019, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que, en lo aquí interesa, procede a analizar la documentación presentada por la UTE en el Registro del órgano de contratación, el 10 de junio de 2019, acordando que en tanto no considera acreditada su solvencia técnica procede su exclusión.

QUINTO. En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 24 de junio de 2019, se informa a las entidades licitadoras del resultado de la calificación de la documentación que forma parte del sobre 1 de las ofertas y se procede a la apertura del sobre 2. En esta sesión, entre otras cuestiones, se comunica al representante de la UTE que la misma ha sido excluida del procedimiento y se informa sobre la posibilidad de la que disponen los licitadores de realizar las observaciones o reservas sobre el acto celebrado y de realizar una reclamación al órgano de contratación, en los términos establecidos en la cláusula 22.2. del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y en el plazo máximo de dos días hábiles. El acta fue publicada en el perfil de contratante el 27 de junio de 2019.

La UTE recurrente remitió un escrito de alegaciones dirigido a la mesa de contratación que fue presentado en una oficina de Correos, el 1 de julio de 2019, teniendo entrada en el Registro del órgano de contratación el 8 de julio de 2019.



SEXTO. El 9 de julio de 2019, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que -según se desprende del acta elaborada al efecto la misma se reúne para analizar el escrito presentado por la UTE, acordando su inadmisión al haberse recibido fuera del plazo establecido para ello. El acta fue publicado en el perfil de contratante el 11 de julio de 2019.

SÉPTIMO. El 29 de julio de 2019, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE contra la mencionada acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 9 de julio de 2019. En su escrito la recurrente solicita además que se adopte la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

OCTAVO. Por la Secretaría de este Órgano, el 30 de julio de 2019, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, la mencionada solicitud fue reiterada el 8 de agosto de 2019, dándose cumplimiento a lo solicitado el 12 de agosto de 2019.

NOVENO. Este Tribunal acordó adoptar mediante Resolución de 16 de agosto de 2019 la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

DÉCIMO. Con fecha 21 de agosto de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndose recibido en el plazo concedido al efecto las presentadas por la entidad FCC AQUALIA, S.A.

UNDÉCIMO. En la tramitación y resolución del presente recurso no se han podido cumplir ciertos plazos legales, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 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, aun cuando el Ayuntamiento de Pozoblanco no ha manifestado expresamente que carezca de órgano propio para resolver el recurso, la remisión de la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, pone de manifiesto que no dispone de aquel, y ello determina que corresponda a este Tribunal la resolución del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, que dispone que : *«En caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades»*.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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 en el artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, el objeto de la presente licitación es un contrato de concesión de servicios convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros, respecto del acto impugnado, la recurrente combate el acta de la sesión de la mesa de contratación, de 9 de julio de 2019, en la que se inadmite su escrito de alegaciones y de forma subsidiaria el propio acto de exclusión, acordado por la mesa de contratación el 13 de junio de 2019. Por tanto, cabe recurso especial conforme a lo establecido en los artículos 44.1 c) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*



c

) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, el acuerdo por el que se excluye de la licitación a la recurrente fue adoptado por la mesa de contratación, el 13 de junio de 2019, siendo hecho público en la sesión celebrada el 24 de junio de 2019, cuya acta fue publicada en el perfil de contratante, el 27 de junio de 2019, sin que conste en el expediente remitido a este Tribunal que el mencionado acuerdo haya sido notificado a la entidad recurrente.

Sobre lo anterior, la entidad interesada FCC AQUALIA, S.A. manifiesta en su escrito de alegaciones que teniendo en cuenta que el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye a la recurrente fue publicado en el perfil de contratante, el 27 de junio de 2019, de conformidad con el artículo 50 de la LCSP, se debe computar desde esa fecha el plazo para interponer el recurso por lo que se ha de considerar que el escrito de interposición de la recurrente es extemporáneo.

Sin embargo, y como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones (v.g. Resolución 290/2018, de 16 de octubre) sobre esta cuestión: *«la normativa contractual de aplicación establece dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: por un lado, el recurso especial contra el acto de adjudicación y, por otro lado, el recurso especial contra el acto de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión, este podrá impugnarla en el acto de adjudicación.*

Asimismo, de lo anterior se infiere que la normativa contractual no obliga a la mesa de contratación a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación».

En la misma Resolución 290/2018, más adelante se manifiesta: *«Al respecto, es necesario aclarar, en primer lugar, que la falta de notificación en forma de un acto administrativo afecta, en principio, solo a su eficacia, no a su validez. Un acto administrativo y su correspondiente notificación son actuaciones distintas y separadas, por lo que la ausencia de notificación no valida o invalida el contenido del acto, en todo caso demora el inicio de sus efectos.*



Por lo tanto, la ausencia de notificación supone para la recurrente que se demore la eficacia de su exclusión, a los solos efectos de poder impugnarla, hasta que aquella realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance de la misma».

Sobre lo anterior, se debe tener en cuenta que el PCAP rector del presente procedimiento prevé en su cláusula 22.2.b. la posibilidad de que -tras la celebración de la sesión de la mesa de contratación en la que se proceda a la apertura de los sobres 2 de los licitadores admitidos- estos puedan presentar reclamaciones ante el órgano de contratación en el plazo máximo de dos días hábiles desde su celebración.

Como se ha mencionado en los antecedentes de esta resolución, las alegaciones presentadas por la recurrente fueron inadmitidas por la mesa de contratación, en sesión celebrada el día 9 de julio de 2019, al considerarlas extemporáneas. El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante, el 11 de julio de 2019.

Por tanto, dado que no consta en el expediente la notificación de la exclusión y como quiera que en la tramitación del procedimiento el pliego previó un trámite de reclamaciones ante el órgano de contratación que fue agotado por la ahora recurrente y resuelto mediante un acuerdo de inadmisión de la mesa, habríamos de computar el plazo de interposición del recurso a partir de la notificación de dicho acuerdo al interesado que tampoco consta, sino tan solo su publicación en el perfil el 11 de julio de 2019. No obstante, aunque computáramos a partir de esta fecha, habría que concluir que el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal, el 29 de julio de 2019, se ha interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada en el presente recurso.

La UTE en el recurso especial en materia de contratación se alza, en primer lugar, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 9 de julio de 2019, por el que inadmite su escrito de alegaciones al considerar que había sido presentado fuera del plazo establecido al efecto.



Sobre lo anterior, la recurrente invoca el contenido de la cláusula 22.2.b) del PCAP en la que se prevé que: *«Concluida la apertura de las proposiciones, el presidente de la mesa invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas en relación con el acto celebrado, informándoles, en caso de producirse éstas, de la posibilidad de presentar reclamaciones escritas ante el Órgano de Contratación, en el plazo máximo de dos días hábiles».*

Efectivamente, la recurrente manifiesta que presentó un escrito de alegaciones en la forma prevista en el PCAP contra la exclusión de su oferta y que la mesa de contratación en la sesión celebrada, el 9 de julio de 2019, lo inadmitió por considerarlo extemporáneo. Es por ello que solicita a este Tribunal que anule el acta en la que se recoge el acuerdo anteriormente mencionado y que se retrotraigan las actuaciones para que el órgano de contratación entre a conocer el fondo de la cuestión analizando su escrito de alegaciones.

Sobre esta cuestión este Tribunal considera que el acto recurrido, la inadmisión por parte de la mesa de contratación de un escrito de alegaciones presentado por la UTE en un momento posterior al acuerdo de exclusión de su oferta, es un acto que no se encuentra recogido dentro de las actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LCSP, por lo que este motivo de recurso debe ser inadmitido. Además, se ha de tener en cuenta que no se produce indefensión alguna a la recurrente puesto que, como la misma solicita, se procederá a analizar si la exclusión -el núcleo real de la controversia- fue o no acorde a Derecho.

SEXTO. Como anteriormente se ha indicado, la recurrente combate de forma subsidiaria y por razones de de economía procesal los motivos por los que fue excluida del procedimiento por acuerdo de la mesa de contratación en la sesión que tuvo lugar el 13 de junio de 2019. Consta en el acta de la mencionada sesión que la oferta de la recurrente fue excluida por el siguiente motivo: *«no se considera acreditada la solvencia técnica en el ciclo integral del agua de conformidad con la cláusula 14.11 del PCAP que rige la presente contratación»* más adelante se concreta que: *«los servicios presentados no vienen referidos a los tres conceptos que incluyen el ciclo integral del agua en tres municipios, ni alcanzan la cantidad detallada en dicha cláusula».*

En este sentido, procede indicar que en la cláusula 14.11 del PCAP -anteriormente mencionada- se establecen los requisitos exigidos a las entidades participantes para la acreditación de la solvencia técnica o



profesional en los siguientes términos: *«Los licitadores deberán acreditar su experiencia en la prestación de servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración de forma conjunta en al menos TRES (3) municipios, mediante la relación de dichos servicios, efectuados por el interesado en el curso de los tres años en el periodo de los cinco últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado de los mismos y avalados por certificados expedidos por el beneficiario de los contratos. Será requisito mínimo de solvencia técnica o profesional que el importe anual acumulado de las contraprestaciones percibidas por la realización de los servicios reseñados en el primer párrafo de esta cláusula, en el año de mayor ejecución sea igual o superior a UN MILLÓN SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS (1.668.434 €), que se corresponde con un 70% de la anualidad media del contrato».*

Sobre lo anterior, la UTE se alza en su recurso contra la exclusión argumentando que en el trámite de subsanaciones concedido por la mesa de contratación presentó una serie de certificados que son suficientes para acreditar la experiencia exigida en el PCAP como requisito de solvencia técnica o profesional, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, por lo que solicita que se anule el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión, de 13 de junio de 2019, y que se retrotraigan las actuaciones.

La UTE alude en su escrito de recurso a una serie de certificados que presentó en el Registro del órgano de contratación, el 10 de junio de 2019, en el trámite subsanaciones. Este Tribunal ha podido comprobar que una copia de los mismos constan en el expediente remitido por el órgano de contratación. En concreto, la recurrente se refiere a los siguientes:

- Certificado expedido por la Mancomunidad de municipios Juncaril-Asegra (Albolote-Peligros) a favor de la entidad HIDROGESTIÓN, S.A. como concesionaria de la gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración de los Polígonos Juncaril y Asegra desde el año 1998, siendo las contraprestaciones percibidas en el año de mayor ejecución -2018- de 941.790 euros.
- Certificado expedido por el Ayuntamiento de Bembibre (León) a favor de la entidad HIDROGESTIÓN, S.A. como concesionaria de la gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y



depuración del municipio de Bembibre desde el año 2004, siendo las contraprestaciones percibidas en el año 2018 de 677.216,06 euros.

- Certificado expedido por el Ayuntamiento de Méntrida (Toledo) a favor de la entidad HIDROGESTIÓN, S.A. como concesionaria de la gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración del mencionado municipio desde el año 2010, siendo las contraprestaciones percibidas en el año 2018 de 446.441,64 euros.

- Certificado expedido por el Ayuntamiento de Santa Cruz del Retamar (Toledo) a favor de la entidad HIDROGESTIÓN, S.A. como concesionaria de la gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración del mencionado municipio desde el año 2011, siendo las contraprestaciones percibidas en el año 2018 de 501.465,38 euros.

La recurrente argumenta que teniendo en cuenta los certificados anteriores se prueba, por un lado, su experiencia en la prestación de servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración en al menos tres municipios -Bembibre, Santa Cruz de Retamar, Juncaril-Asegra y Méntrida- por lo que queda acreditada su solvencia técnica o profesional desde una perspectiva cualitativa y, por otro, que el importe anual acumulado de las contraprestaciones recibidas por dichos servicios asciende a la cantidad de 2.556.913,08 euros por lo que también quedan certificados los requisitos de solvencia desde un punto de vista cuantitativo.

El órgano de contratación en su informe al recurso no realiza manifestación alguna sobre esta cuestión.

Sobre lo anterior, una vez analizada por parte de este Tribunal la documentación que presentó la UTE para subsanar su oferta en los términos exigidos por la mesa de contratación se han llegado a las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que queda suficientemente acreditado en los certificados que aportó la UTE en trámite de subsanación -en los términos anteriormente reproducidos- su experiencia en la prestación de servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración de forma conjunta en al menos tres municipios.



- En segundo lugar, que a los efectos de acreditar que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución es igual o superior a 1.668.434 euros -referidas a las contraprestaciones percibidas por la realización de los servicios reseñados- se entiende igualmente válido el certificado de la Mancomunidad de municipios Juncaril-Asegra (Albolote-Peligros), resultando de la acumulación de los importes reflejados en la anualidad 2018 de los cuatro certificados que la cantidad total facturada asciende a 2.566.913,02 euros y que, por tanto, se cumple también este requisito.

Al respecto, se ha de considerar que las mancomunidades de municipios tienen la condición de entidad local de cooperación territorial, con personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos según se dispone en el artículo 65 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. Asimismo, se puede observar que los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración que se realizan a los Polígonos Juncaril y Asegra -según se desprende del certificado aportado- ascienden a una facturación en el año de mayor ejecución -2018- de 941.790 euros que supone el mayor importe de todos los aportados lo que viene a demostrar su importancia, en los términos establecidos en el PCAP, a la hora de demostrar solvencia exigida.

Una postura contraria, es decir, el no considerar acreditada la solvencia por referirse el certificado a una mancomunidad de municipios o por prestarse el servicio en los polígonos anteriormente mencionados supondría una actuación restrictiva, excesivamente formalista y que conculcaría el principio de proporcionalidad.

En este sentido se ha manifestado en otras ocasiones este Tribunal, así en sus Resoluciones 286/2016, de 11 de noviembre, 279/2018, de 10 de octubre, 9/2019, de 17 de enero y 72/2019, de 14 de marzo, se ha invocado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) conforme a la cual el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Asimismo, el principio resulta de alcance legal en el artículo 132 de la LCSP que dispone que *«Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad»*.



Por tanto, y a luz de lo anteriormente argumentado este Tribunal concluye que procede estimar esta alegación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación, de 13 de junio de 2019, por el que se excluye la oferta de la UTE del procedimiento de licitación del presente contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión, para que se proceda por la mesa de contratación a admitir a la recurrente con continuación, en su caso, del procedimiento de licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por interpuesto por las entidades denominadas **HIDROGESTION, S.A.** y **TÉCNICAS DE DESALINIZACIÓN DE AGUAS, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 9 de julio de 2019, con relación al procedimiento de contratación denominado “Concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración del Municipio de Pozoblanco” (Expte. GEX 1881/2019), promovido por el Ayuntamiento de Pozoblanco (Córdoba), debiendo procederse conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución..

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución, de 16 de agosto de 2019.

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.

