

Recurso 192/2022
Resolución 346/2022

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

Sevilla, 27 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L** contra el acuerdo de fecha 5 de mayo de 2022 del Pleno del Ayuntamiento de Pozoblanco (Córdoba) por el que se adjudica el contrato denominado «Concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y depuración o tratamiento de aguas residuales del municipio de Pozoblanco»(Expediente GEX-1881/2019) convocado por el referido Ayuntamiento este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de abril de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, y tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 59.586.915 euros. Con esa fecha, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

SEGUNDO. Durante la tramitación procedimental de la licitación, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 10 de marzo de 2021, se detecta que la oferta presentada por ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L. (en adelante ACCIONA) se encuentra incurso en presunción de anormalidad y se acuerda otorgar un plazo de cinco días hábiles de audiencia al licitador, contados a partir del día siguiente a la publicación del acuerdo en la Plataforma de Contratación del Sector Público, para que justifique y desglose, de manera razonada y detallada, los parámetros conforme a los cuales se ha definido la anormalidad de su oferta, con arreglo a las previsiones del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación de fecha 4 de junio de 2021 se acuerda solicitar sendos informes sobre la documentación presentada por la empresa sobre la presunción de anormalidad a los técnicos

competentes que elaboraron los informes necesarios para la evaluación de la documentación contenida en los sobres 2 y 3, a fin de que proporcionar asesoramiento a la mesa para elevar al órgano de contratación la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo de la justificación de la anormalidad por la licitadora.

CUARTO. Con fecha 3 de marzo de 2022 la mesa de contratación estima que la oferta presentada por la empresa ACCIONA, incura en presunción de anormalidad, con fundamento en la cláusula 23.3 del PCAP, no es viable, una vez considerada la justificación de la misma y los informes técnicos necesarios y eleva al órgano de contratación la propuesta de exclusión del mencionado licitador.

QUINTO. El Pleno del Ayuntamiento de Pozoblanco, mediante acuerdo de fecha 29 de marzo de 2022 ratifica la propuesta de la mesa y acuerda la exclusión de la entidad recurrente por considerar que la justificación aportada para la viabilidad de su oferta incura en anormalidad no permite concluir que pueda ser cumplida a satisfacción. Dicho acuerdo fue notificado a la recurrente el 19 de abril de 2022 según consta en la documentación remitida.

SEXTO. El 5 de mayo de 2022 el Pleno del Ayuntamiento acuerda adjudicar el contrato de concesión de servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración del municipio de Pozoblanco a favor de la entidad HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A., en las condiciones que figuran en su oferta y las que se detallan en los pliegos reguladores, por considerar su oferta como la mejor en relación calidad-precio. Dicho acuerdo fue publicado en el perfil de contratante el 17 de mayo.

SÉPTIMO. El 9 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ahora recurrente contra el acuerdo de exclusión de su oferta mencionado en el antecedente quinto, solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación. Dicho recurso tramitado como RCT 177/2022 ha dado lugar a la Resolución 345/2022 de este Tribunal.

OCTAVO. El 20 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de adjudicación de 5 de mayo de 2022 solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación y la acumulación del recurso especial al interpuesto con anterioridad frente al acuerdo de exclusión, dada la identidad de sujetos, sustancial e identidad de motivos e íntima conexión.

NOVENO. Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación solicitada tiene entrada en este Tribunal el 25 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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, toda vez que el Ayuntamiento de Pozoblanco ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.



Ostenta legitimación la entidad 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. Acto recurrible.

Si bien materialmente el recurso se dirige contra la exclusión de la oferta de la recurrente, desde un punto de vista formal se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de 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 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. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación fue adoptada por el órgano de contratación, el 5 de mayo de 2022, y aunque no consta la recepción de la notificación a la recurrente, esta fue publicada en el perfil de contratante el 17 de mayo de 2022, por lo que el recurso presentado el 20 de mayo en el registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado, aunque hubiera tenido conocimiento de ella ese mismo día.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal: sobre la cosa juzgada administrativa.

Con carácter previo conviene indicar que -como se ha referido en los antecedentes- la entidad recurrente presentó un recurso especial contra su exclusión -que ha sido resuelto por este Tribunal en la Resolución 345/2022- y posteriormente presenta un nuevo recurso contra el acto de adjudicación, que es el objeto de la presente impugnación, en el que vuelve a impugnar sustantivamente su exclusión y reproduce literalmente los mismos motivos ya esgrimidos en su anterior recurso.

El escrito impugnatorio ahora examinado, pese a dirigirse formalmente contra la adjudicación, cuestiona sustantivamente de nuevo la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación.

El supuesto que se plantea ha sido abordado en varias resoluciones de este Tribunal. Así, en la Resolución 197/2016, de 9 de septiembre, o en la 23/2022, de 14 de enero, manifestábamos:

«Como señaló la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado -cuyo criterio comparte este Tribunal dos son las posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión adoptada por la Mesa de contratación (artículo 40.2 b) del TRLCSP) y el recurso especial contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión. Ahora bien, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de modo que, una vez interpuesto recurso contra el acto de trámite cualificado de exclusión, no es posible recurrir posteriormente el acto de adjudicación para volver a discutir la exclusión.

Asimismo, este Tribunal ha resuelto ya varios supuestos como el ahora analizado. De este modo, en las Resoluciones 120/2014, de 15 de mayo y 92/2015, de 3 de marzo, se mantenía que “(...) si el recurrente interpuso recurso especial contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa como acto de trámite cualificado, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto -la adjudicación-, se está atacando nuevamente el mismo acto -el acuerdo de exclusión-.



Asimismo, este Tribunal ya dictó resolución desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión, por lo que no cabe interponer un nuevo recurso -el ahora analizado- esgrimiendo los mismos motivos y argumentos jurídicos que ya fueron enjuiciados en aquella resolución, pues ésta tiene en relación con el recurso actual el efecto de cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada de una resolución anterior en un posterior procedimiento de recurso contra el mismo acto ya han sido analizados por este Tribunal en resoluciones anteriores, como las Resoluciones 10/2012, de 3 de febrero y 76/2012, de 1 de agosto.”

Este criterio también es asumido por otros Tribunales de Recursos Contractuales. Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid lo recoge en su Resolución 21/2013, de 6 de febrero, al señalar que: *“Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, estimando o desestimando las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión». En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)»”.*

Por otro lado, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 110/2015, de 30 de enero, ante un supuesto como el ahora analizado en la presente resolución, viene a sostener que *“Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, como reconoce nuestra resolución 945/2014, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal”. A mayor abundamiento, aparte del efecto de la cosa juzgada, y como ya a, y como ya señalaba el Tribunal Administrativo Central en su Resolución 107/2012, de 11 de mayo, la desestimación del recurso se impone “por mor del principio general de 3 irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado entonces en el artículo 319 de la Ley de Contratos del Sector Público y hoy en el artículo 49 del Texto Refundido)”.*

En efecto, y por lo que se refiere al supuesto analizado en la presente resolución, si pudiera enjuiciarse de nuevo la adecuación a derecho del acto de exclusión con motivo de la adjudicación del contrato, se estaría implícitamente admitiendo una revisión de la resolución ya dictada por este Tribunal cuando resolvió el recurso contra la exclusión, resolución que ya es irrevocable en vía administrativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP al proclamar que “Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11 letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 41. (...) A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución 166/2016, de 14 de julio, de este Tribunal, en cuanto ha desestimado un recurso previo por los mismos motivos que los alegados en el recurso ahora analizado, produce efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento y es irrevocable en vía administrativa, lo cual impide analizar otra vez pretensiones que ya fueron definitivamente resueltas y desestimadas en aquélla.».

Así las cosas, si la recurrente decidió emprender la vía del recurso especial contra su exclusión como acto de trámite cualificado al amparo del artículo 44.2 b) de la LCSP, no puede reiterar su impugnación en otro posterior



contra la adjudicación pues, bajo la apariencia formal de estar combatiendo actos diferentes, sustantivamente está impugnando el mismo acto que ya fue recurrido; aun cuando este se hallara pendiente de resolución por parte de este Tribunal a la fecha de interposición del segundo recurso. Como señala la citada Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado, las dos posibilidades de recurso frente a los actos de exclusión de licitadores o de ofertas -contra el acto de trámite cualificado y contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión- no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario. Por tanto, elegida la primera vía, no es posible recurrir posteriormente la adjudicación para volver a discutir la exclusión, como acontece en el caso examinado. Asimismo, se da la circunstancia de que, previamente al dictado de esta resolución, este Tribunal ha resuelto el primer recurso contra la exclusión de la oferta de la recurrente en su Resolución; resolución que necesariamente produce efectos de cosa juzgada en el presente procedimiento, sin perjuicio del eventual recurso jurisdiccional que la recurrente pueda interponer contra aquella de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la LCSP. No puede, pues, este Tribunal volver a pronunciarse sobre la validez del mismo acto y por las mismas razones que ya ha enjuiciado y resuelto, so pena de incurrir en una revisión de su propia decisión vedada por el propio artículo 59 de la LCSP.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser inadmitido.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L.** contra el acuerdo de fecha 5 de mayo de 2022 del Pleno del Ayuntamiento de Pozoblanco (Córdoba) por el que se adjudica el contrato denominado “Concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y depuración o tratamiento de aguas residuales del municipio de Pozoblanco” (Expediente GEX-1881/2019) convocado por el referido Ayuntamiento, por haberse dictado previamente resolución de este Tribunal sobre la misma pretensión.

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. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.

