Recurso 318/2022
Resolución 456/2022
Sección Primera

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

Sevilla, 15 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. Y ENTORNO URBANO Y MEDIO AMBIENTE, S.L., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982** (abreviadamente, **UTE PONIENTE ALMERIENSE**) contra la formalización de encargo de la Diputación Provincial de Almería al medio propio Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) del "Servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor, desde el 1 de octubre de 2022 y hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y de prestación del servicio de explotación de la misma" (Expte 2022/D31100/710-095/00004), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de julio de 2022, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de formalización de encargo al medio propio TRAGSA del servicio mencionado en el encabezamiento. El importe del encargo es de 31.610.990,84 euros.

SEGUNDO. El 12 de agosto de 2022, ha tenido entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por la UTE PONIENTE ALMERIENSE contra la formalización de encargo a TRAGSA.

TERCERO. La Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso presentado a la Diputación Provincial de Almería, solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, ha sido recibida en este Tribunal.

CUARTO. Por Resolución, de 26 de agosto de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del acto de formalización del encargo.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a TRAGSA concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado dicha entidad.

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.

En el supuesto examinado, la entidad adjudicadora del encargo es la Diputación Provincial de Almería, entidad local andaluza que ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

La UTE recurrente esgrime para fundar su legitimación que el encargo impugnado afecta a los derechos e intereses legítimos de las sociedades integrantes de la UTE Poniente Almeriense, porque como consecuencia de dicho encargo *«se han visto privados de la posibilidad de una prórroga del contrato, de la continuidad de la prestación del servicio si así fuera ordenado hasta la adjudicación de un nuevo contrato y de poder participar legítimamente como licitadoras en un procedimiento de licitación que los Consorcios deberían haber convocado para la continuidad de la prestación del servicio de no haber sido por la utilización fraudulenta de la figura del encargo a medio propio que han hecho la Diputación Provincial de Almería y los dos Consorcios»*.

Manifiesta que el Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense adjudicó a la citada UTE un contrato para la explotación de la planta que es objeto del encargo impugnado y que, actualmente, sigue explotando dicha planta en ejecución del referido contrato. Añade que *«el objeto de social de mis representadas incluye los servicios de recogida de residuos y las actividades relacionadas con la gestión de tratamiento de residuos (documentos núms. 3 a 6) por lo que podrían ser contratistas en nuevos contratos análogos al vigente»*.

Y concluye que *«los derechos y los intereses legítimos de mis representadas se ven afectados por el encargo a TRAGSA que no debió haberse realizado por ser contrario a Derecho (...)»*.

Por su parte, el órgano de contratación alega la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la UTE recurrente. Manifiesta que la decisión del encargo del servicio a un medio propio se incardina en la potestad de autoorganización de la Administración, y que, una vez extinguido el vínculo contractual con el actual concesionario, no existe ninguna obligación de prórroga o continuidad, ni puede alegar el contratista derecho o expectativa de derecho sobre dicha prolongación del servicio.

A tal efecto, señala que el 15 de diciembre de 2021 fue notificado a la UTE ahora recurrente el acuerdo de la Junta General del Consorcio del Poniente Almeriense (Administración contratante), adoptado en la sesión celebrada el 1 de diciembre de 2021, por el que se *"aprueba la denuncia del contrato de concesión de obras públicas denominado: CONSTRUCCIÓN DE LA PLANTA DE RECUPERACIÓN Y COMPOSTAJE DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS, DE LAS PLANTAS DE TRANSFERENCIA Y DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS MISMAS, suscrito con la UTE: PONIENTE ALMERIENSE, en fecha 12/03/1999, quedando extinguido a su fecha de vencimiento el día 30/09/2022"*. Considera, pues, que con esta notificación queda clara la decisión de la Administración de no prorrogar el contrato, por lo que la recurrente no puede alegar que se ha visto privada de tal posibilidad.

Asimismo, sostiene que, conforme al convenio suscrito entre los Consorcios y la Diputación, el encargo se establece como un mecanismo para la prestación del servicio de forma transitoria hasta la implementación de los instrumentos y procedimientos legales exigidos para la realización de una nueva licitación y contratación del servicio (procedimiento en el que podrán participar las empresas que forman la UTE).

Procede, pues, analizar si la UTE recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso en los términos previstos en el artículo 48 de la LCSP, párrafo primero, conforme al cual *"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"*.

Para comenzar hemos de señalar que una unión temporal de empresas (UTE) no es una persona física ni jurídica. El artículo séptimo de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional dispone que *«Uno. Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.*
Dos. La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia».

Asimismo, el artículo octavo de la citada norma legal establece los requisitos de las UTEs para la aplicación del régimen tributario previsto en la misma y dispone, en lo que aquí interesa, que: *« (…) b) El objeto de las Uniones Temporales de Empresas será desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España.*
También podrán desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal.
c) Las uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años.
d) Existirá un Gerente único de la Unión Temporal, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes.
Las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión.
e) Las Uniones Temporales de Empresas se formalizarán en escritura pública(...)» (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 69 de la LCSP prevé la posibilidad de que las uniones de empresarios contraten con el sector público. En lo que aquí interesa, establece lo siguiente: *«1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.*
(...)
3. Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.
A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

4. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente, al menos, con la del contrato hasta su extinción».

Así pues, en el marco contractual, la UTE es una agrupación de empresas carente de personalidad jurídica que se constituye temporalmente para contratar con el sector público y que tendrá una duración limitada a la de la obra, servicio, suministro o figura contractual de la que resulte adjudicataria hasta su extinción, existiendo un gerente único con poderes de todas las empresas agrupadas para ejercer los derechos y contraer las obligaciones derivadas del contrato.

Por consiguiente, la legitimación de la UTE, como tal agrupación de empresarios, para la impugnación de actos contractuales que le perjudican va ligada inexcusablemente al devenir de la licitación en que ha participado y/o del contrato que le ha sido adjudicado, quedando circunscrita dicha legitimación a los derechos que le asisten como tal unión temporal. Quiere decirse que en su condición de UTE:

a) No puede actuar en defensa de los derechos e intereses individuales de las distintas empresas que la integran, sino en pro de los derechos que nacen para la agrupación como licitadora y eventual adjudicataria de un contrato.

b) No puede extender su actuación más allá del contrato adjudicado porque se constituye precisamente a tal fin y su duración va ligada inexcusablemente a la de aquel.

Así pues, el que una actuación de la UTE, que es beneficiosa para dicha agrupación, pueda también *"de facto"* beneficiar individualmente a las empresas agrupadas en función de su participación en esta figura asociativa; o a la inversa, el que una actuación que perjudique a la UTE tenga igualmente repercusión sobre las empresas que la constituyen no puede generar confusión; pues cuantos avatares y decisiones se produzcan en el seno del contrato afectan a la UTE como adjudicataria del mismo, sin que esta pueda representar y defender más derechos e intereses que los de la unión en su conjunto y con relación al contrato en cuestión para el que se ha constituido.

Expuesto lo anterior, procede analizar la legitimación de la UTE recurrente para la impugnación del encargo al medio propio TRAGSA. Para ello, hemos de tomar en consideración los siguientes datos de interés que se desprenden de la documentación obrante en este Tribunal:

1. Mediante escritura pública otorgada ante Notario el 26 de febrero de 1999, se constituye la UTE "FOMENTO DE CONSTRUCCIÓN Y CONTRATAS, S.A. Y ABENGOA SERVICIOS URBANOS, S.A. GESTIÓN RESIDUOS URBANOS PONIENTE ALMERIENSE UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982 DE 26 DE MAYO" ("PONIENTE ALMERIENSE UTE"). Su objeto es la ejecución de la obra de construcción de la planta de recuperación y compostaje de los residuos urbanos y de la explotación de la misma, y de las plantas de transferencia para el Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense, así como los trabajos auxiliares, accesorios y complementarios, incluyendo las ampliaciones y variaciones que puedan producirse (artículo 1 de los estatutos de la UTE), y su duración es la misma que la de ejecución efectiva del contrato para la que sido constituida (artículo 2 de los Estatutos). Como gerente único se designa a Don J.M.M. que será responsable de la UTE y tendrá poderes de las empresas asociadas *«para ejercitar los derechos y asumir las obligaciones necesarias para la consecución de los fines que constituyen el objeto de la U.T.E., haciendo constar que actuá en nombre de ella (...)»* (artículo 10 de los estatutos).

2. Mediante escritura pública otorgada el 5 de abril de 2019, y tras otras anteriores de cambio de denominación social y de cesión de posición contractual en la citada UTE, se procede (i) al cambio de denominación social de dicha unión temporal que pasa a llamarse "FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. Y ENTORNO URBANO Y MEDIO AMBIENTE,

S.L., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO" (abreviadamente "PONIENTE ALMERIENSE UTE")y (ii) a la modificación de diversos preceptos de los estatutos. En el artículo 10 de los estatutos, se nombra Gerente único de la UTE a Don O.P.S.

3. El 12 de marzo de 1999, tras la adjudicación de la licitación convocada al efecto, el Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense suscribe con la UTE "FOMENTO DE CONSTRUCCIÓN Y CONTRATAS, S.A. Y ABENGOA SERVICIOS URBANOS, S.A., GESTIÓN RESIDUOS URBANOS PONIENTE ALMERIENSE UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS» el contrato para la construcción de la planta de recuperación y compostaje de los residuos urbanos y de la explotación de la misma y de la plantas de transferencia.

En su cláusula décima se establece que *«la duración de la concesión se establece por un plazo de 20 años, contados a partir de la fecha de la firma del Acta de Inicio de la Prestación Definitiva. Dicha Acta se firmará en el momento en que por parte de la empresa termine la construcción de la planta de recuperación y compostaje y empiece el periodo de pruebas.*
(…)
La concesión se prorrogará tácitamente por periodos de un año, siempre que no sea denunciado por alguna de las partes con nueve meses de antelación a la fecha de vencimiento de cada periodo, y con el límite de duración previsto para las concesiones administrativas en el artículo 158 de la LCSP. (...)». (el subrayado es nuestro).

4. Según se menciona en el informe al recurso del órgano de contratación y ha podido constatar este Tribunal tras recabar la documentación correspondiente, el 15 de diciembre de 2021 se le notificó a la UTE ahora recurrente el acuerdo de la Junta General del Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense, adoptado en la sesión celebrada el 1 de diciembre de 2021, por el que se aprueba la denuncia del contrato de concesión de obras antes mencionado suscrito con la citada UTE el 12 de marzo de 1999, indicándose expresamente que el contrato quedaría extinguido a la fecha de vencimiento el día 30 de septiembre de 2022.

No consta que tal acuerdo haya sido impugnado por la UTE contratista y ahora recurrente, quien no hace mención en su escrito de recurso a tales extremos.

5. El recurso especial contra el encargo a medio propio del *«servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor, desde el 1 de octubre de 2022 y hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y de prestación del servicio de explotación de la misma, con un precio de 7.902.747,71 euros/año y un máximo de 4 años»* ha sido interpuesto por la UTE adjudicataria del contrato de concesión de obras suscrito el 12 de marzo de 1999. En representación de la UTE interviene en el recurso Don O.P.S. (persona física nombrada como gerente único según escritura pública otorgada el el 5 de abril de 2019, a la que anteriormente nos hemos referido).

A la vista de los datos expuestos y aplicando la regulación indicada sobre las uniones temporales de empresas resulta -tal y como señala el órgano de contratación en su informe- que la UTE recurrente no ostenta legitimación activa para la interposición del presente recurso y ello por cuanto es doctrina reiterada de este Tribunal, apoyada en la constante jurisprudencia sobre el interés legítimo, que en el ámbito del recurso especial no cabe ejercer un interés en defensa de la legalidad. Prueba de ello es el tenor literal del artículo 48 de la LCSP que, pese a su amplitud en el reconocimiento de legitimación a los interesados, liga esta a la existencia de un perjuicio directo o indirecto como consecuencia de la decisión impugnada.

En el supuesto analizado, de un lado la UTE recurrente hace residir el perjuicio que el acto impugnado le origina en que *«se han visto privados de la posibilidad de una prórroga del contrato, de la continuidad de la prestación del servicio si así fuera ordenado hasta la adjudicación de un nuevo contrato (...)».*

No obstante, el citado perjuicio que invoca como fundamento de su legitimación no deriva del acto de formalización del encargo al medio propio TRAGSA, sino del acuerdo, de 2 de diciembre de 2021, adoptado por la Junta General del Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense, por el que se aprueba la denuncia del contrato de concesión de obras formalizado con la unión temporal, con la indicación expresa de que este quedaría extinguido el 30 de septiembre de 2022. No consta que tal acuerdo haya sido impugnado, por lo que el próximo 30 de septiembre de 2022 la ahora recurrente no podrá continuar en la ejecución del contrato, sin perjuicio del periodo de liquidación de la UTE conforme a sus estatutos.

Así pues, ningún interés legítimo asiste a la recurrente al amparo del artículo 48 de la LCSP en el recurso contra el encargo a medio propio, puesto que la no continuación en la ejecución del contrato deriva de la previa denuncia del mismo por el órgano de contratación que le fue oportunamente notificada y que parece haber dejado firme, pues no acredita ni consta a este Tribunal que la recurriese.

De otro lado, la UTE recurrente fundamenta su legitimación en que el encargo formalizado a TRAGSA ha impedido a sus representadas (utiliza el término en plural) *«de poder participar legítimamente como licitadoras en un procedimiento de licitación que los Consorcios deberían haber convocado para la continuidad de la prestación del servicio(...)»*.

Pues bien, si por *"representadas"* la recurrente se refiere a las dos empresas que integran la unión temporal hemos de señalar que el gerente único de la UTE -que es quien suscribe el recurso- solo puede intervenir conforme a la ley y los estatutos de la unión en representación de la citada agrupación. Por tanto, carece de facultades para representar individualmente a las empresas agrupadas como potenciales licitadoras de una licitación pública frustrada en virtud del encargo realizado a TRAGSA. Véanse al respecto los artículos octavo de la Ley 18/1982 y 69 de la LCSP que anteriormente hemos reproducido en la presente resolución.

Y en cualquier caso, si la UTE hubiera pretendido sostener que el encargo le perjudica en la medida que, como tal UTE, no podría participar en una futura licitación, tampoco en este contexto sería posible reconocerle legitimación. Y es que la vigencia de la UTE va ligada *ex lege* a la del contrato en que resultó adjudicataria (véanse de nuevo los preceptos legales mencionados y los estatutos de la recurrente a que hemos hecho referencia), de modo que siempre tendría que ser una nueva unión temporal la que eventualmente participara en una hipotética licitación futura.

Con base en cuanto se ha argumentado, no es posible reconocer legitimación activa a la UTE PONIENTE ALMERIENSE para la interposición del presente recurso, debiendo inadmitirse este por dicha circunstancia de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 b) de la LCSP. La apreciación de esta causa de inadmisión hace innecesario el examen del resto de requisitos de admisión del recurso e impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. Y ENTORNO URBANO Y MEDIO AMBIENTE, S.L., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982** (abreviadamente, **UTE PONIENTE ALMERIENSE**) contra la formalización de encargo de la Diputación Provincial de Almería al medio propio Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) del "Servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de

Gádor, desde el 1 de octubre de 2022 y hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y de prestación del servicio de explotación de la misma" (Expte 2022/D31100/710-095/00004), por falta de legitimación de la UTE recurrente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto de formalización del encargo, adoptada en virtud de Resolución de 26 de agosto de 2022.

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.