



Recurso nº 933/2014 C.A Galicia 117/2014

Resolución nº 930/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 18 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto el 19 de noviembre de 2014 por D^a. S.V.F., en nombre y representación de la sociedad mercantil GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A., por medio del cual impugna simultáneamente lo que identifica como “ la publicación de documentos contractuales”, así como los textos de los Pliegos y finalmente la actuación omisiva consistente en no acordar la prórroga del plazo de presentación de ofertas, correspondientes a la licitación promovida por el Ayuntamiento de Carballo, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución :

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Entidad Local Ayuntamiento de Carballo convocó mediante anuncio publicado en el BOP de A Coruña nº 186 de 30 de septiembre de 2014, así como en el BOE nº 239, de 2 de octubre de 2014 y finalmente en el Perfil del Contratante de la entidad convocante el 2 de octubre de 2014, la licitación del contrato de “Gestión de servicio público por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, concesión, que tiene por objeto el “Ciclo integral del Agua en el Ayuntamiento de Carballo” (Expte: SEP 02/2014)”, con un valor estimado de 58.559.434,17 € y un plazo de ejecución de 20 años, susceptible de ampliación o prórroga por un plazo de cinco años.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato de carácter administrativo al tener la condición de Administración Pública el poder adjudicador conforme a lo dispuesto en el art. 3.1.a) del TRLCSP al que se remite el

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como a los arts. 8 y 19 del RDL 3/2011.

Tercero. Mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2014 en el Registro de esta Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, D^a. S.V.F., en nombre y representación de la sociedad mercantil GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A. interpone recurso especial en materia de contratación, contra *“la publicación de documentos contractuales o documentación aclaratoria publicada , así como contra los textos de los Pliegos y finalmente contra la actuación omisiva consistente en no acordar la prórroga del plazo de presentación de ofertas”*, y todo ello acaecido con ocasión de la licitación del contrato de “Gestión de servicio público por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, concesión, que tiene por objeto el “Ciclo integral del Agua en el Ayuntamiento de Carballo”.

Los documentos contractuales que impugna el recurrente los identifica con determinadas aclaraciones realizadas ante consultas de interesados, durante el plazo de presentación de ofertas, en concreto las consultas número 11 a 13 entendiendo que la respuesta dada por el órgano de contratación contenía información relevante para presentar la oferta y que califica de complementaria e incluso reveladora de errores y contradicciones de " los Pliegos."

Los Pliegos fueron objeto de publicación en el Perfil del Contratante de la entidad convocante el 2 de octubre de 2014, quedando a disposición del licitador desde esa misma fecha tal como reconoce en su escrito de recurso de forma expresa, sirviendo dicha publicación de comunicación a efectos del plazo de impugnación.

Finalmente, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 3 de noviembre de 2014 a las 14:00 horas mientras que las aclaraciones antes citadas (no formuladas por el recurrente) fueron objeto de publicación en el perfil del contratante el 31 de octubre de 2014, por lo que el recurrente entiende que se debería haber ampliado el plazo para presentar ofertas.

Cuarto. El mismo día 19 de noviembre de 2014 pero en el Registro del Ayuntamiento de Carballo, el recurrente realizó el anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del RDL 3/2011 del recurso dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. El Alcalde del Ayuntamiento de Carballo acordó el 24 de noviembre de 2014 remitir al Tribunal el expediente administrativo así como el informe previsto en el artículo

46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre.

Sexto. La Secretaría del Tribunal comunicó el 25 de noviembre de 2014 a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 46.3 del RDL 3/2011 de 14 de noviembre, habiéndose recibido alegaciones, si bien fuera de plazo, de la UTE conformada por las siguientes empresas: ACCIONA AGUA SERVICIOS S.L.U., ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS S.A. y CONSTRUCCIONES RAMON VAZQUEZ Y REINO S.L.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha 28 de noviembre de 2014 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41 del TRLCSP al ser el Ayuntamiento de Carballo una Entidad Local que actúa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, respecto de la cual este Tribunal es competente en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito el 12 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE nº 282 de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. La recurrente, GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA SA está legitimada al estar acreditado que ha formulado consultas y solicitado aclaraciones para presentar oferta en la licitación de referencia, por lo que de prosperar su impugnación cabría la posibilidad de que participase en la licitación y fuera adjudicatario del contrato, lo que evidentemente puede incidir en la esfera económica y patrimonial del recurrente por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. La determinación del acto objeto del recurso reviste en el presente caso una cierta complejidad a la vista del suplico del recurrente en relación con el contenido de sus argumentaciones.

Por una parte, el suplico identifica tres actos impugnados: a) *“el texto de los pliegos en lo que los errores y contradicciones reflejan las aclaraciones “ b) “la documentación aclaratoria publicada” y c) la actuación omisiva de la Administración al no efectuar la prórroga del plazo de presentación de ofertas necesaria”.*

Por otra parte, las alegaciones del recurrente ponen de manifiesto que la *documentación aclaratoria publicada* a la que se refiere consiste en las respuestas a las consultas nº 11, 12 y 13, pero al mismo tiempo que ninguna discrepancia manifiesta sobre su contenido; es decir, no sólo nada impugna sobre el contenido de las citadas aclaraciones sino que expresamente da por bueno tal contenido ya que lo utiliza para fundamentar que por haber sido publicado el 31 de octubre y por contener información relevante para formular la oferta económica, el procedimiento de licitación incurre en un vicio de nulidad consistente en no haber acordado una prórroga del citado plazo de presentación de ofertas. En consecuencia resulta incoherente impugnar las mismas aclaraciones realizadas cuando no se discrepa de su contenido, pues si la posibilidad de su impugnación radica en aceptar que constituyan *“documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. “* (conforme al art.40.2. a) en relación con los arts. 131.2 y 158.3 del TRLCSP), el fundamento de dicha impugnación sólo puede basarse en que su contenido infringe el ordenamiento jurídico. En el presente caso más que su contenido, lo que se denuncia es el momento en que son publicadas las respuestas a tres de las consultas formuladas en relación con el plazo restante para presentar la oferta, pero este modo de actuar ya es objeto de impugnación independiente, por lo que debe concluirse que no puede prosperar el recurso en cuanto a la impugnación de lo que denomina *“la documentación aclaratoria publicada”*, debiendo acordarse la inadmisibilidad del recurso sobre tal *documentación aclaratoria publicada*, al no plantear ningún motivo de fondo contra ella ni ninguna otra cuestión independiente de las restantes impugnaciones contenidas en el recurso.

Hecha esta primera delimitación y decisión sobre el objeto del recurso se procederá a continuación a resolver sobre los restantes motivos de impugnación.

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.a) y b) así como el artículo 40.1.c) del TRLCSP el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos así como los actos de trámite que se dicten en el procedimiento que causen indefensión, son susceptibles de recurrirse

mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, condiciones ambas que se estima que concurren en el presente caso a la vista del contenido de los Pliegos.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 19 de noviembre de 2014 en el Registro de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dado que el Pliego que se impugna fue objeto de publicación en el perfil del contratante el 2 de octubre, siendo conocido por el recurrente desde esa fecha tal como indica en su escrito de recurso, parece que el recurso habría de calificarse como extemporáneo (al menos respecto de los Pliegos) y consecuentemente ser objeto de inadmisión; sin embargo, lo cierto es que el motivo de su impugnación es el conocimiento que tiene el 31 de octubre del criterio del órgano de contratación manifestado en sus aclaraciones, por medio del cual se ponen de manifiesto (en la tesis del recurrente), las contradicciones de los Pliegos así como su contenido erróneo, por lo que de conformidad con el principio de la “actio nata” conforme al cual el plazo de cómputo para el ejercicio de las acciones comienza desde que realmente pueden ejercitarse (art.1969 del Código Civil), debe considerarse como primer día hábil para la impugnación del Pliego por el motivo de las contradicciones con las aclaraciones realizadas, el día 3 de noviembre, por lo que el día 19 de noviembre no había transcurrido el plazo de 15 días hábiles al que se refiere el art. 44.4 del TRLCSP.

En lo que respecta al fondo del asunto cabe distinguir entre la impugnación de los Pliegos y la impugnación de la omisión consistente en no haber acordado la prórroga del plazo para presentar ofertas tras la publicación de las consultas nº 11, 12 y 13 el 31 de octubre, dado que dicho plazo terminaba el día 3 de noviembre de 2014 (a las 14 horas), lo que se estima que infringe lo dispuesto en el art. 158 del TRLCSP, al ser insuficiente dado el contenido e influencia de las aclaraciones para poder confeccionar la oferta.

Comenzando por esta última cuestión, lo primero que debe advertirse es que la inactividad de la Administración no se encuentra prevista específicamente entre los actos susceptibles de impugnación a través de este recurso especial en el art. 40 del TRLCSP. Nada obsta en admitir con carácter general la impugnación de la inactividad administrativa, tal como ponen de relieve los arts. 25.2 y 29.1 de la Ley de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa o la institución misma del silencio administrativo negativo, en cada caso con los requisitos específicos que la Ley indica. Sin embargo en el presente caso, lo que la Ley define como objeto de impugnación a través del recurso especial en materia de contratación no incluye omisiones o inactividades como es la falta de prórroga del plazo de presentación de ofertas a la que se refiere el recurrente, máxime cuando ni siquiera le fue instada ni por el propio recurrente interesado ni por nadie en el procedimiento de contratación examinado.

En este sentido el artículo 40.3 del TRLCSP dispone: *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*

Ya se ha indicado que el recurrente nunca solicitó del órgano de contratación la ampliación sobre el plazo de ofertas, pudiendo haberlo hecho durante el plazo de 3 días desde el 31 de octubre al 3 de noviembre, manifestando por vez primera esta pretensión en vía de recurso. (En materia de contratación administrativa los plazos establecidos en días se entiende que son naturales, salvo que se indique expresamente que son hábiles; Disposición Adicional Duodécima del Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Lo anteriormente expuesto no significa que no pueda denunciarse la infracción del ordenamiento jurídico consistente en no ampliar el plazo de presentación de ofertas cuando concurren los requisitos del artículo 158 del TRLCSP, y se produzca indefensión caso de no hacerlo, sino simplemente que dicho vicio de procedimiento deberá ponerse de manifiesto mediante la impugnación del acto definitivo recurrible, como puede ser en el presente caso la adjudicación en el momento de que se dicte.

No obstante lo anterior, que en el presente caso implicaría sin más la inadmisión del recurso respecto de la omisión impugnada, no se puede obviar que ni siquiera por el fondo del asunto cabría estimar el recurso interpuesto, pues el análisis de las respuestas a las consultas formuladas así como el tenor de éstas mismas consultas pone de relieve que son reiteración de otras formuladas con anterioridad (con lo que los licitadores han tenido tiempo suficiente y desde luego superior al de seis días previsto en el artículo 158 del TRLCSP), así como que no existe la pretendida contradicción con el contenido de los

Pliegos por lo que no se advierte que las aclaraciones tengan ninguna influencia relevante para presentar la oferta.

Dada la evidente conexión entre el defecto o vicio procedimental denunciado y la impugnación misma de los Pliegos se hace preciso entrar en el fondo del asunto y analizar si ha existido una vulneración del artículo 158 del TRLCSP.

En primer lugar, el fundamento del citado artículo 158 del TRLCSP tal como se indica en la propia resolución citada por el recurrente (Resolución del TACP Madrid 71/2014), radica en *garantizar el principio de libre competencia enunciado en el artículo 1 del TRLCSP, de manera que se puedan formular ofertas en plano de igualdad y competencia. Si se solicita información adicional la misma habrá de facilitarse en un plazo de seis días, al menos, anteriores a la fecha límite fijada para la recepción de ofertas siempre que la solicitud se haya presentado con la antelación suficiente. Como garantía y para estimular la diligencia del órgano de contratación en el cumplimiento del precepto el apartado 3 del citado artículo 158 establece la obligación de prorrogar los plazos para la recepción de ofertas en los casos en que haya incumplido su obligación de proporcionar la información adicional dentro del plazo fijado.*

Ahora bien, ya el propio artículo 158 pone de manifiesto que el mandato que contiene no es de carácter absoluto, es decir, que no siempre debe respetarse estrictamente el plazo de seis días desde el suministro de información adicional sino que habrá que estarse a *las circunstancias del contrato y del procedimiento* para indicar que las solicitudes de aclaraciones o de información adicional deben haberse realizado con una cierta antelación. El mandato contenido en el artículo 158 es claramente instrumental, tiene por objeto que todos los posibles licitadores (hayan formulado o no la solicitud de información) dispongan del plazo suficiente para poder presentar sus ofertas valorando la información suministrada con posterioridad a la publicación de los pliegos, lo que obviamente requiere que se trate de una información “*adicional*” tal como dice el propio artículo 158, y de otra parte que tenga alguna relevancia para la formulación de las ofertas para satisfacer la finalidad que protege el mandato contenido en ese precepto.

Pues bien, en el presente caso el análisis de las consultas 11, 12 y 13 pone de relieve que ni contienen información adicional a la que todos los licitadores disponían ya de antes ni tampoco en relación con algún dato complementario nuevo, carece de relevancia para influir en el contenido de las ofertas .

En efecto, tal como resulta de la propia consulta 11 su objeto ya fue planteado en la reunión informativa celebrada el 22 de octubre, pero es que la respuesta se limita a indicar que para el cálculo del coste unitario se aplica estrictamente lo que dice la cláusula 10 del PCAP, por lo que ninguna información adicional, nueva o contradictoria con el Pliego se produce el 31 de octubre.

En relación con la consulta nº 12, el informe municipal emitido en el presente recurso pone de relieve que su objeto coincide con la consulta nº 8, la cual a su vez fue contestada el 28 de octubre, (según el perfil del contratante) y por tanto con la antelación mínima de seis días y por otra parte de su contenido se infiere que los datos a los que se refiere son susceptibles de variación y han de tomarse como una estimación habiendo sido informados en tales términos a los licitadores, por lo que las diferencias que se detectan en la información que ha sido suministrada en diferentes momentos no tiene influencia decisiva para configurar la oferta de cada interesado. De hecho el recurrente dispuso de esa información en la que se detectan diferencias del padrón de facturación del año 2013 desde el 29 de octubre y no formuló ninguna consulta. Es decir quien formuló las consultas contestadas el 31 de octubre no ha sido el recurrente y aquel solicitante de información no ha estimado necesario ninguna ampliación o prórroga de plazos para presentar su oferta.

Finalmente respecto de la consulta nº 13, se contemplan 7 consultas concretas sobre las que en tres de ellas se contesta por remisión a los epígrafes de respuestas a consultas hechas ya con anterioridad (y con un plazo superior a los 6 días a los que se refiere el artículo 158), por lo que no constituye ninguna información adicional y lo mismo cabe decir en dos de ellas en las que la respuesta consiste en remitirse literalmente a lo que dice el Pliego. En las dos restantes, en una de ellas se aclara la existencia de un error material, aritmético o de hecho (es decir, no se trata de un error de concepto) por lo que es subsanable en cualquier momento y a la vista de su contenido es de nimia importancia, y en la segunda cuestión, que se refiere al abono de una tasa por ocupación de suelo (que es la única junto con el error material que el recurrente destaca en su recurso), resulta que también fue contestada con anterioridad, según informe del Ayuntamiento al tratar la consulta nº 7, y además se pone de manifiesto que la respuesta no supone ninguna innovación a la obligación de abonar la tasa de ocupación del suelo con el importe que se especifica, por lo que ninguna novedad implica la respuesta o la consulta.

En conclusión, ninguna indefensión se provoca por las consultas 11, 12 y 13, pues carecen de contenido adicional o en su caso relevante para influir en la formulación de ofertas por los interesados, tal como se refiere el artículo 158 del TRLCSP por lo que no se precisa de ampliación o prórroga del plazo para formular la oferta, no existiendo vicio en el procedimiento de la licitación examinada en el presente recurso.

El recurrente invoca finalmente la aplicación del artículo 75.2 del Reglamento de la LCAP, vigente en la actualidad, argumento que debe rechazarse pues dicho precepto se refiere a correcciones o rectificaciones de anuncios de los contratos, mientras que en el caso que nos ocupa, ninguno de los anuncios fue rectificado.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. INADMITIR el recurso interpuesto por D^a. S.V.F., en nombre y representación de la sociedad mercantil GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA SA en lo que se refiere a la impugnación de lo que identifica como “*la documentación aclaratoria publicada*”, y que se refiere a las respuestas de las consultas 11, 12 y 13 evacuadas durante el periodo anterior al plazo de presentación de ofertas del procedimiento de licitación del contrato de “Gestión de servicio público por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, concesión, que tiene por objeto el “Ciclo integral del Agua en el Ayuntamiento de Carballo” (Expte: SEP 02/2014), así como en lo referente a la actuación omisiva de la Administración al no efectuar la prórroga del plazo de presentación de ofertas necesario.

Segundo. DESESTIMAR el recurso interpuesto por D^a. S.V.F., en nombre y representación de la sociedad mercantil GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA SA en lo que se refiere a la impugnación de los Pliegos de procedimiento de licitación del contrato de gestión de servicio público por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, concesión, que tiene por objeto el “Ciclo integral del Agua en el Ayuntamiento de Carballo” (Expte: SEP 02/2014).



Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.