



Recurso nº 859/2018

Resolución nº 896/2018

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

En Madrid, a 05 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D^a M. I. E. S., en representación de CONTROL Y GEOLOGÍA S.A contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicios de explotación y mantenimiento del Canal Segarra-Garrigues*”, Expediente ACE/213.1/EXPLO/04 de la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. (en adelante, ACUAES), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. convocó a pública licitación, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de febrero de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 26 de febrero el servicio “*Servicios de explotación y mantenimiento del Canal Segarra-Garrigues*” Expediente ACE/213.1/EXPLO/04 con un valor estimado de 3.935.068,2 EUR.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).



Tercero. Disconforme con el acuerdo de adjudicación de 23 de julio de 2018, el recurrente interpuso el 23 de agosto, previo anuncio, recurso especial que se ciñe sólo a la parte del acuerdo por la que se incauta la garantía, en el que hacía constar que los motivos que lo fundaban eran la ausencia de la culpabilidad de la recurrente en la formalización del contrato y la inexistencia de daños y perjuicios para el órgano de contratación.

Cuarto. El órgano de contratación en informe de 28 de agosto de 2018 manifiesta que el acto no es recurrible por ser de trámite, extemporaneidad del recurso, responsabilidad conjunta y solidaria de los miembros de la UTE que ofertaron, y daños ocasionados al órgano de contratación por la falta de formalización del contrato.

Quinto. La Secretaría del Tribunal tras haber recibido el expediente de contratación y del recurso dio traslado a los demás licitadores. Se presentaron alegaciones por parte de las otras dos empresas que formaban parte de la UTE que presentó la oferta.

Sexto. Al haberse recurrido el acuerdo de adjudicación quedó en suspenso la tramitación del expediente de contratación de modo automático de acuerdo con lo previsto en los artículos 53 y siguientes de la LCSP. La suspensión fue levantada por acuerdo de fecha 6 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP, por ser la entidad contratante un poder adjudicador del sector público estatal.

Segundo. De acuerdo con el artículo 40.2 c) al tratarse del acto de adjudicación del contrato que lleva aparejada la incautación de la garantía y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Este Tribunal ya consideró el acto de incautación de la garantía como acto recurrible en nuestra resolución número 247/2013, que ambas partes citan, aunque para



argumentaciones contrarias, en ella ya dijimos: *“El acto recurrido es el acuerdo de incautación de la garantía provisional en un contrato de servicios de valor estimado superior a 200.000 euros, acto susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. En efecto, de acuerdo con el apartado 2.b) de ese artículo son susceptibles de recurso “b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (...)”.* El acuerdo de incautación de la garantía produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, aunque en el presente caso, dado que el procedimiento de licitación aún no ha finalizado, no se hayan iniciado aún los trámites tendentes a la incautación acordada. (...).

Por otro lado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución número 286/2017 reiteró el criterio: *“El Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 284/2013, de 27 de junio y 325/2015, de 17 de abril de 2015, y así mismo el TACPCM en su resolución 6/2015, de 14 de enero, han considerado que este acto produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, por lo que debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, al tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.”*

El hecho de que los supuestos analizados se refieran a la incautación previa a la adjudicación y que en este supuesto sea posterior a la misma, como destaca el órgano de contratación en sus alegaciones, entendemos que no es determinante para excluir *per se* la recurribilidad del acto y cerrar el acceso al recurso.

Tercero. En relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*



El recurrente resultó adjudicatario del contrato y al no formalizar el contrato en plazo le fue incautada la garantía, por lo que procede reconocer la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso.

Cuarto. Se plantea si el recurso ha sido interpuesto en el plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP y en el artículo 19, apartados 1 y 2, del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

La recurrente sostiene que el acto le fue notificado el 1 de agosto mientras que el órgano de contratación sostiene que la notificación del 1 de agosto se refiere a que no procede estimar la alegación de la anulación del procedimiento y que el acuerdo de incautación de la garantía (de 20 de julio de 2018) le fue notificado el 25 de julio por lo que el recurso es extemporáneo.

Consta en el expediente remitido por el órgano de contratación que la comunicación inicial de la incautación de la garantía se produjo el 23 de julio de 2018 con el reporte de fax que acredita la recepción por la recurrente. Pero efectivamente no es hasta el 25 de julio en que consta en el acuerdo en el número sexto la incautación de la garantía y a continuación figura el pie de recurso, haciendo constar el que puede interponer contra el citado acuerdo. También figura el reporte de fax como recibido en fecha 25 de julio de 2018. Si tenemos en cuenta esta segunda notificación por haber indicado el pie de recurso que procede contra el acuerdo, el anuncio del recurso con fecha 22 de agosto y la posterior interposición el día 23 de agosto determinan que el recurso sea extemporáneo, pues el plazo habría vencido el día 16 de agosto, descontando a estos efectos el día 15 de agosto por ser inhábil.

El recurso es pues extemporáneo y debe inadmitirse. No obstante, lo anterior procederemos a examinar el fondo del asunto para concluir cuál habría sido el contenido de la resolución si hubiese sido admitido.



Quinto. Con relación al fondo del asunto las alegaciones del recurrente se fundaban en la ausencia de la culpabilidad en la falta de formalización del contrato y en la ausencia de daños al órgano de contratación.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución número 6/2015 ya examinó los efectos de la incautación de la garantía provisional y en su caso la definitiva por la retirada de la oferta entre la adjudicación del contrato y la formalización como es en este caso: *“Como ya hemos señalado, en el caso de que se produzca la retirada de la oferta entre la adjudicación y la formalización del contrato, el artículo 156.4 del TRLCSP permite que de la garantía definitiva se incaute el importe de la garantía provisional que en su caso, se hubiese exigido. Pero de nuevo nos encontramos con que al no haberse exigido garantía provisional no se pueden trasladar a la garantía definitiva, las obligaciones de que respondería la garantía provisional, por lo tanto no procedería la incautación de la misma para hacer efectiva la responsabilidad por posibles daños causados a EMT como consecuencia de la retirada de la oferta, sin perjuicio de que tales daños, de haberlos se resarzan como corresponda, por vía indemnizatoria. La entidad contratante que decide prescindir de la garantía provisional en la tramitación de un contrato asume el riesgo de no poder resarcirse del perjuicio que le pueda ocasionar la retirada de una oferta o como en este caso la no formalización del contrato. Riesgo que no aparece legalmente cubierto por la garantía definitiva que pudiera haberse constituido ya que ésta únicamente responde de los daños y perjuicios en la ejecución del contrato o las penalizaciones incurridas por la empresa en desarrollo del mismo”*.

Este Tribunal ya se refirió al supuesto de la retirada de una empresa en el supuesto de que la oferta se hubiese presentado por una UTE, en las resoluciones número 215/2013 y 107/2012, entre otras, en las que se resolvieron sendos supuestos en que se producía la retirada de una empresa de las que formaban una Unión Temporal de Empresas, señalando en ambos casos que tal cosa no impide la adjudicación del contrato al resto siempre que se siga acreditando solvencia (en su caso), clasificación y se mantenga inalterable la proposición, dado que en caso contrario sería una modificación sobrevenida de la oferta.



La sanción que ha previsto el actual artículo 69.8 de la Ley 9/2017 va más allá y prevé que si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. Por lo tanto, resulta innegable la vinculación de los miembros de la UTE en el compromiso solidario de su constitución y formalización del contrato una vez que éste les ha sido adjudicado sin que se pueda alegar de contrario que la falta de formalización de la constitución no es imputable a uno de los miembros de la misma y que ha formulado la oferta de acuerdo con los restantes miembros. Las posteriores reclamaciones que cada una de las empresas integrantes de la UTE, y que hubieran debido formalizar el contrato puedan hacerse entre sí por las eventuales discrepancias en los acuerdos que hubieran alcanzado previamente, no pueden en ningún caso determinar que sea el órgano de contratación el que deba pechar con ellas, por lo que el motivo debería ser desestimado si el recurso hubiese sido admitido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso formulado por D^a M. I. E. S. en representación de CONTROL Y GEOLOGÍA S.A contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicios de explotación y mantenimiento del Canal Segarra-Garrigues*” Expediente ACE/213.1/EXPLO/04 de la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A.

Segundo. 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.