



Recurso nº 404/2013 C.A. Castilla-La Mancha 038/2013

Resolución nº 365/2013

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013

Visto el recurso presentado por D. G.A.C., actuando en representación de la mercantil BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS, S.L., contra acuerdo de desistimiento del procedimiento de contratación del ciclo integral del agua (suministro domiciliario de agua potable, red de alcantarillado y depuración de aguas residuales) del Ayuntamiento de Santa Cruz de Mudela, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES

Primero. Por medio de anuncio publicado en el Boletín Oficial de Ciudad Real, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Mudela licitó la contratación de la gestión del servicio público del ciclo integral de agua de dicho municipio, por plazo de 25 años, con valor estimado de 12.700.114,5 euros y por medio del procedimiento abierto.

Dicha licitación había sido acordada por el pleno municipal en acuerdo de sesión celebrada en fecha 12 de febrero de 2012. En sesión de 12.2.2013 se aprobaron el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que habían de regir el contrato y definían sus características técnicas.

Los pliegos, en lo que resulta de interés en el presente recurso, a los efectos que luego se dirá, incluían las siguientes cláusulas, entre otras:

*3.2. La **solvencia técnica** y **profesional** de los empresarios se apreciará teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que se acreditará por uno o varios de los medios siguientes:*

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, acompañada de los certificados expedidos por los



municipios o administraciones públicas en los que esté trabajando o haya trabajado. Sólo serán admitidos en la licitación aquellos licitadores que estén prestando o hayan prestado servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado o depuración, en al menos dos municipio con un número de habitantes igual o superior a 5.000, individualmente o en Unión Temporal de Empresas, debiendo acompañar certificados de las Administraciones Públicas en que se estén prestando dichos

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato.

c) Descripción del equipamiento técnico específico para este tipo de Servicios que tiene en funcionamiento el licitador, con especial referencia a sistemas informáticos y sistemas de control de calidad, modelos matemáticos de distribución de agua potable, cartografías, sistemas de telemandos y rehabilitación, planes directores realizados para otros municipios españoles, medios para el control e inspección de redes y la disponibilidad de un laboratorio independiente para el control de calidad de aguas potables y residuales.

d) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

e) Indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario aplicará al ejecutar el contrato.

f) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.

g) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

h) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.



i) Será requisito imprescindible de solvencia, que las empresas que se presenten al concurso tengan en su objeto social el objeto del contrato. Y en el caso de presentarse en UTE, deberá cumplirlo al menos uno de los miembros de la UTE.

j) Se deberá estar en posesión de Certificado de Calidad vigente, según la norma ISO 9001 expedido por un organismo acreditado, en el área específica de la gestión del servicio de gestión del ciclo hidráulico, con un alcance aplicable a los servicios objeto del presente concurso.

k) Se deberá estar en posesión de Certificado de Gestión Medioambiental, según la norma ISO 14001 expedido por un organismo acreditado, con un alcance aplicable a los servicios objeto del presente concurso.

l) Deberá disponer de laboratorios acreditados por ENAC.

Segundo. Se presentaron a la licitación las empresas: OBRAS Y SERVICIOS BARAHONA, S.L., hoy recurrente, AQUAGEST, S.A.U, AQUALIA, S.A. y ACCIONA AGUA, S.A.

Tercero. En fecha 20 de marzo de 2013 se reunió la mesa de contratación para abrir los sobres A (documentación administrativa), cuyo resultado fue requerir a determinadas empresas para la subsanación o aclaración de determinados extremos. En concreto, el requerimiento realizado a la recurrente se contraía a: *“se le requiere para que presente antes de las 13 horas del día 25 de marzo de 2013, fecha en la que se procederá a la apertura en acto público de los Sobres B, la siguiente documentación:*

1.- Clausula decima 3. 2.a) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares: Sólo serán admitidos en la licitación aquellos licitadores que estén prestando o hayan prestado servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado o depuración, en al menos dos municipio con un número de habitantes igual o superior a 5.000 habitantes, individualmente o en Unión Temporal de Empresas, debiendo acompañar certificados de las Administraciones Públicas en que se estén prestando dichos

2.-- Poder bastante al efecto, previamente bastantado por La Secretaria del Ayuntamiento de Santa Cruz de Mudela del representante legal.”



Disconforme BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS, S.L, con la interpretación de las cláusulas del pliego realizada por la mesa de contratación de la que derivaba, en última instancia, el requerimiento realizado respecto de los criterios de solvencia técnica, presentó escrito de oposición, en el que señalaba que el pliego permitía la acreditación de la solvencia técnica por “uno o varios” de los siguientes medios, y que el recurrente cumplía con alguno de los mismos.

Cuarto. A la vista de dicho escrito y documentación la mesa tuvo por acreditada la solvencia técnica de BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS, S.L. expresada en la de la siguiente forma: *“Seguidamente y en Acto Público, se procede por parte del Presidente de la Mesa Sr. Fuentes, a explicar el resultado de la subsanación de documentación requerida a las empresas así como el acuerdo unánime de no excluir a la empresa BARAHONA de la licitación por considerar que la solvencia profesional y su aptitud queda suficientemente demostrada con la presentación de la clasificación de la empresa y del resto de documentación según punto 3.2 de la Cláusula Décima, quejándose de forma verbal el representante de la empresa AQUAGEST”.*

Posteriormente continuó el procedimiento de contratación mediante la apertura en sus fases de los sobres B y de la oferta económica realizada por los licitadores. Fruto de ello la mesa realizó propuesta de contratación al recurrente, estableciendo el siguiente orden de puntuación:

- 1º BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS.....85 puntos.
- 2º AQUAGEST.....84, 62 puntos.
- 3º AQUALIA.....75,41 puntos.
- 4º ACCIONA AGUA.....64,19 puntos.

Quinto. AQUAGEST, S.A.U presentó en fecha 27 de marzo de 2013 escrito ante el órgano de contratación en el que, tras exponer los argumentos que consideró convenientes, solicitaba: *“Se desestime la admisión de la Mercantil Hermanos Barahona en el presente concurso en tanto que:*

a) Las clasificaciones como empresa de servicios no acreditan por sí mismas la solvencia en un contrato de Gestión de Servicios Públicos ya que no es exigible por Ley.



b) Aun cuando como se ha señalado, esto no puede resultar aplicable a un contrato de gestión de servicio público, en el hipotético caso de admitirse esta posibilidad, la mercantil BARAHONA no posee las clasificaciones en los grupos exigidos por el referido Pliego, tal como se aprecia en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, donde aparecen los Grupos, Subgrupos y categorías de clasificación como contratista de obras y de servicios, no posee la clasificación en el Grupo E, Subgrupo 1, Categoría f (abastecimiento y saneamiento), que determina el Pliego.

Por tanto, se solicita que se dé traslado a la Mesa de Contratación para que atendiendo el presente escrito, desestime la admisión de la Mercantil Barahona en el Concurso para la Concesión del Ciclo Integral de Agua del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Mudela”.

Sexto. El órgano de contratación, esto es, el Pleno de la corporación municipal, acordó solicitar informe al Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre los siguientes extremos: *“Dictaminar favorablemente elevar al Consejo Consultivo de castilla-La Mancha, petición de Dictamen respecto a la falta de acreditación de determinados requisitos de la empresa BARAHONA, recogidos en el Pliego de cláusulas administrativas y la paralización del procedimiento de licitación hasta que se reciba el mismo”.*

El referido dictamen que fue emitido en fecha 15 de mayo de 2013 por dicho órgano consultivo, y cuyas conclusiones fueron: *“Que la empresa Barahona Obras y Servicios, SL no reúne los requisitos de solvencia técnica y profesional exigidos por el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato de gestión de servicio público, mediante concesión, del ciclo integral del agua (agua potable, alcantarillado y depuración), aprobado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Mudela, para participar en dicha licitación”.*

Séptimo. El órgano de contratación acordó por medio de resolución de fecha 28 de junio de 2013 el desistimiento del procedimiento de contratación en los siguientes términos: *“Primero.- El Desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato de gestión de servicio del Ciclo integral del Agua, con el fin de poder subsanar los errores existentes que producen discrepancias insalvables, e iniciar un nuevo expediente de contratación.*



Segundo.- Que se dé cuenta de este acuerdo a todas las empresas que han concurrido a la licitación,

Tercero.- Que se proceda a la devolución de las fianzas provisionales depositadas en la tesorería municipal, así como de la documentación aportada, agradeciéndoles su interés y consideración”.

Octavo. BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS, S.L., alega en su recurso, en esencia, que el pliego establecía que la solvencia técnica debía acreditarse mediante “uno o varios” de los siguientes medios (cláusula décima, 3.2), y que dichos medios eran 10, de los cuáles cumplía todos menos el de prestar servicio en dos o más poblaciones igual o superiores a 5.000 habitantes. Ese era el sentido que había de darse al PCAP, como había realizado la mesa de contratación y era consecuencia obligada en aplicación de los artículos 1281, 1282 y 1288 del Código Civil.

Noveno. El órgano de contratación ha remitido como informe del artículo 40 del TRLCSP el acuerdo-informe del órgano de contratación sobre alegaciones del recurrente (4.4.2013) y propuesta-informe y acuerdo del órgano de contratación sobre desistimiento (4.7.2013).

Décimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que a su derecho convinieran, trámite que ha sido evacuado por la mercantil AQUAGEST S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses*



legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Tercero. El recurso se formula contra el acuerdo de desistimiento del órgano de contratación, acto incluido en el artículo 40.2.b).

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP, constando haberse efectuado el anuncio previo al órgano de contratación.

Quinto. El artículo 155 del TRLCSP señala: *“2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento solo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración... 4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.* Por ello el núcleo decisorio del presente recurso se ciñe a determinar si el PCAP incurre en vicios irremediabiles o si, durante la tramitación del procedimiento, se han dictado actos que sean constitutivos de infracciones de tal relevancia.

Estas infracciones no subsanables se podrían identificar, en lo que al recurso interesa y en los términos planteados: a) contradicción entre diversas cláusulas para la exigencia de la acreditación de la solvencia técnica; b) improcedente exigencia de la clasificación de las empresas; c) indebida aceptación de la acreditación de los requisitos de solvencia técnica.

Debe no obstante, señalarse, que el escrito de recurso centra su motivo de discrepancia en las infracciones a) y c), sin hacer referencia a la b) en la fundamentación de su recurso, refiriéndose a ello solo como cuestión de antecedentes.

Sexto. Resulta clara la existencia de cláusulas contradictorias en el pliego, tal y como pone de manifiesto el informe del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En efecto, la cláusula 3.2 del pliego resulta en la letra a) contradictoria con la frase general introductoria que la precede. En ella se exige la acreditación de uno o varios medios,



para, a continuación, configurar haber prestado servicio en poblaciones de más de 5000 habitantes como requisito imprescindible. Del mismo modo podría decirse en relación a las letras i), j), k) y l) de la misma cláusula, en la que se fijan requisitos, exigencias inexcusables, cuyo entendimiento resulta incompatible con la citada frase introductoria de la cláusula en la que el recurrente fundamenta su pretensión.

En realidad, el pliego ha incurrido en el error de usar la expresión “uno o varios”, de los criterios de solvencia técnica contenidos en las frases introductorias de los artículos 76 a 79 TRLCSP, como dirigida de forma necesaria, a los licitadores, cuando, dicha expresión se dirige por la ley, precisamente a los poderes adjudicadores, lo cuáles, en los pliegos, podrán exigir uno o varios, conjunta o alternativamente, de los medios de acreditación. En el presente caso, habiendo el Ayuntamiento elegido varios medios concurrentes -según se deduce sin lugar a equívoco de la redacción de las distintas letras de la cláusula-, sin embargo, conservó la expresión “uno o varios” en la frase general introductoria, dando lugar al difícil entendimiento del clausulado. Esta circunstancia, por sí, justifica la infracción de las normas que han de regir la preparación de los contratos en los términos del artículo 155, pues, aun cuando no existe precepto específico que así lo disponga en el TRLCSP, los pliegos, por exigencia de las normas generales administrativas, han de ser coherentes y no contener errores.

Además, la mesa de contratación podía haber realizado una interpretación en este sentido, tal y como recoge el dictamen del Consejo Consultivo, que hubiera llevado a la exclusión por falta de acreditación de la solvencia técnica de BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS S.L. Sin embargo, y con fundamento en la literalidad de la citada cláusula, la mesa de contratación optó por otra interpretación consistente en tener por acreditada la solvencia técnica de la recurrente. El Tribunal comparte con el dictamen del Consejo Consultivo que dicha interpretación no es la correcta ya que, de producirse, lleva a la contradicción con otras cláusulas del pliego, y porque, además, no puede, en recto entendimiento, reducirse la acreditación de la solvencia técnica en un contrato de esta envergadura y duración, a, por ejemplo, la mera acreditación de los títulos profesiones de los técnicos.

Por otro lado, conviene hacer referencia a la cuestión de la clasificación. No es tratada como tal por el recurso, que no hace mención a este punto y que, sin embargo, fue el centro de la alegación de AQUAGEST, S.A.U, se indica en el dictamen del Consejo Consultivo que fue uno de los argumentos esgrimidos en el escrito de reclamación del recurrente (no consta como tal



documento autónomo en los antecedentes remitidos), y forma parte de la motivación de la mesa de contratación. La consideración a realizar es solo a los efectos del ámbito del presente recurso, y no con la finalidad de advenir si falta o no una de las clasificaciones indicadas en el pliego, tal y como señala el Consejo Consultivo. Es decir, no se trata de pronunciarse sobre si BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS, S.L. tiene o no la solvencia técnica (lo cual sería el contenido propio de un recurso especial contra el acto de exclusión o de adjudicación), como si el acuerdo de la mesa de contratación que le reconoce la solvencia técnica es un acto con infracción de las normas de preparación de carácter insubsanable que justifique el desistimiento de la contratación. Pues bien, como quiera que la mesa de contratación motivó la no exclusión en *“considerar que la solvencia profesional y su aptitud queda suficientemente demostrada con la presentación de la clasificación de la empresa y del resto de documentación según punto 3.2 de la Cláusula Décima”*, el Tribunal debe señalar que también en este punto se infringen las normas de preparación de la contratación, pues aun con cierta confusión, al referirse conjuntamente a la clasificación y a la documentación de la cláusula décima 3.2, debe señalarse que la clasificación, de acuerdo con el artículo 65 TRLCSP, acredita la solvencia técnica, en los supuestos que en el mismo se indican, en los contratos de obras y servicios, pero no en los contratos de gestión de servicios públicos. Por ello, que el recurrente estuviera en posesión de la clasificación requerida por el pliego no puede suplir el cumplimiento de los requisitos de solvencia establecidos en el mismo, y por ello, el acuerdo de la mesa de contratación así entendido resulta un acto contrario a las normas de preparación de los contratos.

Pero, a los efectos que aquí interesan, existe un acto del procedimiento de contratación en virtud del cual la mesa tuvo por acreditada la solvencia técnica, que, en realidad, implica la infracción de las normas de preparación del contrato, resultantes de la correcta interpretación, y dicho defecto resulta insubsanable, por cuanto la mesa ya se ha pronunciado y ha continuado la tramitación del procedimiento mediante la apertura de los sobres B y C, y la realización de una propuesta de adjudicación. Por ello, resulta ajustada a derecho la resolución de desistimiento realizada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



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

Primero. Desestimar íntegramente el recurso interpuesto D. G.A.C., actuando en representación de la mercantil BARAHONA OBRAS Y SERVICIOS, S.L., contra acuerdo de desistimiento del procedimiento de contratación del ciclo integral del agua (suministro domiciliario de agua potable, red de alcantarillado y depuración de aguas residuales) del Ayuntamiento de Santa Cruz de Mudela, al considerar correcta la resolución de desistimiento por existir vicio insubsanable de las normas de preparación del contrato.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 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. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.