

Recurso nº 71/2018

Resolución nº 70/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 10 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por O.S.-V.V. actuando en nombre y representación de FCC AQUALIA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Pontevedra, código 2017/ABERTOSERVIZOS/000014, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Pontevedra se convocó la licitación del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento diera ayuntamiento, con un valor estimado declarado de 213.501.225 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE, en el BOE, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOG en las fechas 24.08.2017, 05.09.2017, 28.08.2017 y 12.09.2017, respectivamente.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- El recurso especial impugna la resolución de fecha 06.07.2018 por la que se acuerda la adjudicación del contrato a la entidad VIAQUA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA S.A.U (VIAQUA, en adelante).

Cuarto.- En fecha 27.07.2018 FCC AQUALIA, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de la licitación descrita en el comienzo en el Ayuntamiento de Pontevedra, que remitió al TACGal el expediente e informe referido en el artículo 56.2 LCSP, con recepción el 08.08.2018. Con fecha 10.08.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Pontevedra el texto del recurso, por no estar en ese previo envío, el cual fue recibido en este Tribunal ese mismo día.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados, recibéndose las alegaciones de las empresas ESPINA Y DELFIN, S.L., GESTAGUA PROYECTOS, S.L., VIAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA, S.A.U y CONSTRUCCIONES, OBRAS Y VIALES, S.A.

Séptimo.- El 20.08.2018 el TACGal acordó mantener la medida cautelar de la suspensión automática que establece el artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual a probado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Tercero.- El acuerdo de adjudicación recurrido se notificó al recurrente en fecha 09.07.2018 y la interposición del recurso, en el órgano de contratación, se presentó en 27.07.2018, dentro del plazo de 15 días hábiles que establece el artículo 50 LCSP.

Cuarto.- Se trata de un contrato de concesión de servicios por importe superior a 3.000.000€ y se impugna el acuerdo de adjudicación, por lo que el recurso es admisible según lo establecido en el artículo 44 de la LCSP.

Quinto.- El recurrente impugna la resolución de fecha 06.07.2018 por la que se acuerda la adjudicación del contrato a la entidad VIAQUA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA S.A.U (VIAQUA, en adelante). A este respecto, suscita cuestiones formales y materiales para concluir solicitando que, con revocación de la adjudicación, se declare la nulidad de la licitación y, subsidiariamente, la retroacción al punto de elaboración de los pliegos, de la presentación de ofertas o de la valoración de las ofertas, por esta orden de subsidiaridad unas respecto de otras.

Sexto.- El informe del órgano de contratación pone de manifiesto que el recurrente carece de legitimación por suscribirse el recurso por un solo miembro de la UTE, y no figurar la adhesión del otro miembro de la UTE licitadora. Añade que el recurrente no está legitimado para impugnar los pliegos y además no ostenta ningún interés en el recurso en la medida que de estimarlo no se le adjudicaría a la misma, porque era la sexta mejor oferta. El órgano de contratación solicita que se le imponga multa por manifiesta mala fe.

Séptimo.- Especial examen requiere la legitimación del recurrente, requisito necesario para proceder, finalmente, a la admisibilidad del recurso. El órgano de contratación defiende, en este punto, la inadmisibilidad.

A estos efectos, comenzar expresando que el presente recurso especial se formuló únicamente por la representación de FCC AQUALIA,S.A. que concurría a la licitación en compromiso de UTE con la mercantil CONSTRUCCIONES, OBRAS Y VIALEES, S.A. (COVSA, en adelante).

En las alegaciones remitidas por COVSA remite un escrito ya presentado en el Ayuntamiento de Pontevedra y que consta en el expediente, donde expresa que enterado de este concreto recurso *“no tiene ningún interés en participar como socio de esta UTE en ningún recurso contra este expediente”* y que por esto quiere hacer constar su desvinculación de ese recurso, *“habiéndose presentado este a cuenta y riesgo de la empresa FCC AQUALIA S.A., no como UTE COVSA-FCC AQUALIA S.A., que es quien presentó la oferta a dicho expediente”*. Añade, finalmente, *“que conste a los efectos oportunos” y “rogamos tengan a bien tener en cuenta este escrito”*.

Por lo tanto, el otro partícipe de ese compromiso de UTE manifiesta que, como precisamente tal partícipe, no quiere recurrir contra el expediente, o dicho de otra manera, que acepta el mismo y su resultado. Añade que se desvincula entonces del recurso presentado, y que se tenga en cuenta este escrito.

Aquí, por lo tanto, no estamos en presencia de un recurso presentado solo por uno de los que concurrieron a la licitación en compromiso de constituir la UTE, sino de uno formulado con ulterior constancia de la oposición y no anuencia de otro partícipe de ese compromiso.

En este sentido, en el debate de quien debe recurrir en esos supuestos para conseguir la admisibilidad del recurso, la cuestión más pacificada es la inadmisibilidad cuando se dan circunstancias como la presente, algo que no puede obviar este TACGal.

Así, la Resolución 307/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) recogía que en este debate lo que dejara patente el Tribunal Supremo es que no cabía el supuesto de que la impugnación fuera solo de alguno de esa agrupación y en contraposición de la voluntad de otro partícipe de la misma.

Efectivamente, los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22.06.2009, Recurso de Casación núm. 5822/2007, son claros:

“En paralelo con la citada línea la Sección Tercera de esta Sala se ha pronunciado en contra de la legitimación cuando no actúan al unísono todos los componentes de una agrupación empresarial.

La STS de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7512) , recurso de casación 5070/2002 , ha negado legitimación para recurrir la adjudicación de una concesión a dos empresas que formaron parte de una agrupación de empresas más amplia. Ambas accionan en solitario indicando que el resto de las empresas integrantes de la agrupación no han manifestado su voluntad contraria a la interposición del recurso o no han renunciado a su voluntad de concursar bajo la forma de agrupación empresarial.

Ha considerado que "las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso" y será "la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación".

Añade que se puede argumentar que "la decisión favorable o desfavorable para la agrupación de empresas afecta a sus propios intereses individuales. Pero siendo ello cierto, no basta para otorgarles la correspondiente legitimación, puesto que tal interés económico y empresarial es meramente derivado del común de la agrupación de empresas, única que ha participado en el concurso y que resulta directamente afectada por la adjudicación".

Todo lo contrario. De los hechos reflejados en la antedicha sentencia no se colige la existencia de disidencia alguna entre los componentes de la agrupación temporal como aquí sí sucede. Y tales hechos no pueden ser desgajados de la sentencia cuyo quebranto se invoca.

De la situación fáctica reflejada en la sentencia de instancia, así como de la argumentación de la administración oponiéndose al recurso, queda patente que la otra empresa componente de la agrupación temporal renunció, anticipadamente, al ejercicio de cualquier acción judicial. Desistimiento que también realizó la persona física designada por todos los componentes de la asociación temporal de empresas para su representación en las actuaciones a llevar a cabo.

Por ello, debe aplicarse, mas "a sensu contrario" la doctrina plasmada en las sentencias de 13 de mayo (RJ 2008, 5042) y 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 4509) que expresan que tal actuación de los coparticipes es admisible cuando se realiza "sin oposición de los restantes". Y si aquí consta expresamente que uno de los componentes mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional es obvio que la Sala de instancia no ha quebrantado el conjunto de preceptos esgrimidos.

Y, por lo mismo, tampoco se ha conculcado la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes."

Los Tribunales Superiores citan y siguen esta Sentencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19.11.2014, recurso de apelación 223/2012, que también referencia Sentencias de otros, como del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

También acatan esta línea del Tribunal Supremo los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, con decisiones de inadmisibilidad en estos supuestos, doctrina además mantenida a lo largo del tiempo.

Así, la Resolución 307/2014 TACRC, con cita de esa jurisprudencia del Tribunal Supremo, expresa:

“En el presente caso, sin embargo, concurre una circunstancia, invocada por el órgano de contratación y por el adjudicatario, cual es la decisión comunicada por uno de los miembros de la agrupación MAIG, MARINA D’OR, de aquietarse a la adjudicación efectuada por el órgano de contratación y no formular recurso. Además, la propia entidad MARINA D’OR remitió al Tribunal copia del escrito presentado en el registro de la entidad licitadora y que ha quedado transcrito en los antecedentes de hecho.

(...)

De lo expuesto debe señalarse que, bien sea porque del contenido del escrito de MARINA D’OR cabe concluir la extinción -al menos en su relación frente al ente adjudicador- de la agrupación de empresarios, bien porque MARINA D’OR se pronuncia en el sentido de que la interposición del recurso no es una actuación que beneficia a la comunidad o a ella particularmente, debe, en este caso, concluirse que no concurre en GESNAER CONSULTING, S.L. el presupuesto consistente en actuar en nombre propio pero en beneficio de una comunidad o sus miembros, y, por tanto, carece de legitimación para recurrir, dando lugar a la inadmisión del recurso.”

La Resolución 479/2014 TACRC ratifica esa misma línea y la conclusión de inadmisión, por ende.

También la Resolución 93/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

En el 2016, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARC/KEAO), en su Resolución 132/2016, recoge que la excepción a la admisibilidad de los recursos en el caso de estas UTEs aparecería de constar la oposición de alguno de sus integrantes.

Finalmente, en este recorrido citaremos la reciente Resolución 3/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones en el caso de las uniones temporales de empresarios, la interposición del recurso especial o en este caso reclamación, en materia de contratación, es válida aunque se realice por uno

solo de los interesados, siempre y cuando se haga en beneficio común y no hubiese oposición de los restantes miembros de la unión temporal.

...

En este caso el recurso se plantea por solo una de las empresas de las que figuran en el compromiso inicial de UTE, constando la oposición expresa de la otra, por lo tanto no dándose el presupuesto de hecho consistente en la falta de oposición del otro miembro de la UTE para considerar legitimada a la reclamante, procede inadmitir el recurso por falta de legitimación activa.”

De lo expuesto debe señalarse que, por el escrito presentado ante el órgano de contratación y también aportado en sus alegatos ante el TACGal por el otro miembro de la unión temporal, COVSA, aparece -usando las palabras de la STS 22.06.2009- que “no actúan al unísono todos los componentes de una agrupación empresarial” y de “existencia de disidencia” sobre el recurso, unido a que COVSA manifiesta que acepta el expediente de contratación, sin interés en recurrirlo, por lo que procede inadmitir el recurso.

En este sentido, la acción ejercitada por la recurrente deriva y solo puede derivar de una posición de quien fue previamente licitador, sin que sea necesario desarrollar a mayores, por ser ampliamente conocido, que los pliegos no impugnados en su momento se convierten en firmes y consentidos, tal como explicamos en la Resolución TACGal 22/2018 a la que nos remitimos en su caso, con también inadmisibilidad de un recurso con esa dirección. Así las cosas, si FCC AQUALIA concurrió en esa licitación como UTE, con esta dimensión, que tal entidad voluntariamente escogió para competir como licitador en este expediente, procede entonces analizar la admisibilidad de este recurso especial contra la adjudicación.

Visto entonces el estado de la cuestión según lo relatado, debe concluirse que en FCC AQUALIA,S.A. no concurre el presupuesto consistente en actuar en propio nombre pero en beneficio de una comunidad o de sus miembros, y por lo tanto, carece de legitimación para recurrir, sin ostentar individualmente interés legítimo acogible en la impugnación del acto recurrido, dando lugar a la inadmisión del recurso, sin necesidad de abordar otros aspectos.

Finalmente, el TACGal no aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Inadmitir** el recurso interpuesto por FCC AQUALIA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Pontevedra, código 2017/ABERTOSERVIZOS/000014.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

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