

**Recurso 125/2018****Resolución 130/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de mayo de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FCC AQUALIA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de la gestión del servicio del ciclo integral del agua en Garrucha» (Expte. 2018/049530/006/00001), convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 19 de marzo de 2018, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicha licitación fue publicada en el perfil de contratante en el Ayuntamiento de Garrucha el 13 de marzo de 2018.

El valor estimado del contrato asciende a 32.772.173,00 euros, no habiéndose



presentado a la licitación empresa alguna.

**SEGUNDO.** El 5 de abril de 2018 tuvo entrada en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad FCC AQUALIA, S.A. (en adelante FCC AQUALIA) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

**TERCERO.** Por la Secretaría de este Tribunal, el 6 de abril de 2018, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que comunique si dispone de órgano especializado para la resolución del citado recurso y, en caso contrario, que remita informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente, y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada parte de dicha documentación el 10 de abril de 2018.

Posteriormente, previa petición de 11 de abril, el órgano de contratación, el 13 de abril de 2018, remite la documentación no enviada anteriormente.

Por último, previo requerimiento del listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, se remite por el órgano de contratación, el 27 de abril de 2018, escrito comunicando que no ha sido presentada propuesta alguna.

**CUARTO.** Mediante Resolución, de 24 de abril de de 2018, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011, permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Garrucha manifiesta que no dispone de un órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar el régimen jurídico del contrato objeto de recurso con el fin de determinar la normativa aplicable, en cuanto a los criterios de admisión del recurso y al análisis de fondo del mismo.

En este sentido, el apartado primero de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), dispone lo siguiente: *«Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»*

Por tanto, teniendo en cuenta que la LCSP entró en vigor el 9 de marzo de 2018, según su disposición final decimosexta, al haberse publicado la convocatoria del procedimiento de licitación el 19 de marzo de 2018 en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería y el 13 de marzo de 2018 en el perfil de contratante en el Ayuntamiento de Garrucha, el contrato ha de regirse por la citada LCSP.

Asimismo, a pesar de que el objeto del contrato es la gestión del servicio del ciclo integral del agua, al mismo no le es de aplicación la Ley 31/2017, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, todas vez que el Pleno del Ayuntamiento de Garrucha -órgano de contratación- no es una de las entidades contratantes definidas en el artículo 3 de la citada Ley 31/2017, ni de las entidades adjudicadoras definidas en el artículo 4 de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.



**TERCERO.** Acto seguido, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece en lo que aquí interesa que *“Podrá interponer el correspondiente 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.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final cuarta de la LCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

*(...)*

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”*

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio, entre otras muchas), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente



hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

**CUARTO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El contrato objeto de licitación tiene un valor estimado de 32.772.173,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1 y 2.a) del artículo 44 de la LCSP.

**QUINTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 b) de la LCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a*



*aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”*

En el supuesto examinado, el anuncio de licitación se publicó, el 19 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería y el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, fueron puestos a disposición de las entidades licitadoras para su conocimiento, el 13 de marzo de 2018, día de la publicación del anuncio en el perfil de contratante en el Ayuntamiento de Garrucha.

En consecuencia, aun tomando cualesquiera de ambas fechas como de inicio del plazo para recurrir, al haberse presentado el escrito de recurso, el 5 de abril de 2018, en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

**SEXTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares y el de prescripciones técnicas, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde la nulidad de aquellos, así como del anuncio de licitación.

La recurrente centra su recurso en un único alegato en el que denuncia que el PCAP no se ajusta en absoluto a la vigente LCSP, sino al ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



Afirma que conforme a la disposición transitoria primera de la LCSP, es de aplicación la misma al haberse publicado el anuncio de licitación con fecha posterior al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de aquella.

Concluye que el PCAP es nulo de pleno derecho conforme al artículo 39.1 de la LCSP y al artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al haberse aprobado prescindiendo totalmente del procedimiento de licitación establecido en la LCSP, que era el aplicable a dicho procedimiento, y no el derogado TRLCSP. Asimismo, entiende que la nulidad ha de extenderse al anuncio de licitación, que en absoluto se ajusta al modelo que figura en el Anexo III de la citada LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que efectivamente dichos pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas contienen determinaciones que, con relación tanto a la nueva LCSP como a las nuevas Directivas sobre contratación, podrían implicar la nulidad de pleno derecho, en los términos establecidos en el artículo 39.2 de la LCSP, con relación a la falta de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, así como estar expresamente redactados los referidos pliegos conforme al derogado TRLCSP, debiéndose regir por las determinaciones establecidas en la LCSP, de conformidad con su disposición transitoria primera.

**SÉPTIMO.** Con carácter previo al estudio de los motivos en que el recurso se sustenta, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de la pretensión de la recurrente.

El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la normativa reguladora del recurso especial en materia de contratación, que se remite en lo no previsto en ella a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que en la citada ley tampoco se regule este reconocimiento de la Administración a las pretensiones



de la recurrente, pues dicho reconocimiento solo puede concurrir en aquellos supuestos en que la Administración es parte en un procedimiento cuya resolución corresponde a otra instancia distinta.

Lo más similar lo encontramos en el proceso contencioso-administrativo, en cuya regulación el reconocimiento de las pretensiones de la recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso, salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Por ello, debe este Tribunal entrar en el fondo de la cuestión para determinar si la pretensión de nulidad de la recurrente basada en la aplicación de la LCSP, a la que el órgano de contratación se allana supone o no una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Al respecto, ha de indicarse que conforme a lo previsto en la cláusula segunda del PCAP, a la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; igualmente indica dicho pliego que le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, así como determinada normativa sectorial y de régimen local.

Sin embargo, al haberse publicado el anuncio de licitación con fecha posterior al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la LCSP, de conformidad con su disposición transitoria primera, es de aplicación la misma al procedimiento de licitación que se examina y al régimen jurídico del contrato, no rigiendo el TRLCSP como dispone el PCAP.

Así pues, se verifica la infracción cometida en el procedimiento de licitación, al



regirse el mismo según su PCAP por el TRLCSP y no por la LCSP, denunciada por la recurrente en el recurso y confirmada por el órgano de contratación en su informe al mismo; pero no solo en cuanto a la referencia al régimen jurídico conforme al TRLCSP sino también a la necesidad de ajustar sus cláusulas al contenido de la LCSP.

Por tanto, el reconocimiento por parte del órgano de contratación de la pretensión de la recurrente de que el expediente de contratación ha de regirse por la LCSP y no por el TRLCSP, no es contrario a derecho, no suponiendo tal aceptación por su parte una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Procede, pues, la estimación del recurso interpuesto.

En este sentido, la corrección de la infracción legal cometida debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, incluyendo el anuncio de licitación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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

## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FCC AQUALIA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de la gestión del servicio del ciclo integral del agua en Garrucha» (Expte. 2018/049530/006/00001), convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería) y, en consecuencia, anular ambos pliegos en el sentido expuesto en la



presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, incluyendo el anuncio de licitación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 24 de abril de de 2018.

**TERCERO.** Acordar que por el órgano de contratación se de conocimiento a este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las personas 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.

