

Recurso 160/2017**Resolución 176/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A.** contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Concesión administrativa de la gestión del servicio de abastecimiento y depuración de agua del Ayuntamiento de Alcaudete” (Expte. 98/2017), convocado por el Ayuntamiento de Alcaudete (Jaén), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 14 de junio 2017, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, se publicó ese mismo día en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén núm. 112, el pliego de condiciones administrativas



particulares del mencionado contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 16.586.116,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 4 de julio de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A. (en adelante HIDRALIA) contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. El 5 de julio de 2017, la Secretaría de este Tribunal da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso, solicitándole que remita informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el día 10 de julio de 2017.

Posteriormente dicha Secretaría solicita al órgano de contratación que aporte determinada información complementaria, lo que se cumplimenta el 25 de julio de 2017.



QUINTO. Con fecha 20 de julio de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentasen las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad FCC AQUALIA, S.A. (en adelante FCC AQUALIA).

SEXTO. Mediante Resolución, de 20 de julio de 2017, este Tribunal adopta la medida provisional 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 artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del 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.

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 Alcaudete manifiesta que carece de órgano propio 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 la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la 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 42 del TRLCSP establece que *“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.”*

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 tercera del TRLCSP, 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 las más recientes), 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.

TERCERO. 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 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato sujeto a regulación armonizada, ya se considere servicios o concesión de servicios, circunstancia que no cuestiona la recurrente, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos y demás documentos contractuales 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 40 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, el 14 de junio 2017 se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén el pliego de condiciones administrativas particulares, por lo que computando el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación a partir de dicho día, al haberse presentado el escrito de interposición el 4 de julio de 2017 en el Registro de este Órgano, el mismo se ha presentado dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. 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 los pliegos y demás documentos contractuales, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, declare la nulidad de la cláusula 20 del pliego de condiciones administrativas particulares (PCAP), procediendo a la nueva licitación del contrato una vez se ajuste a derecho dicha cláusula, previa emisión de los



informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor.

Funda la recurrente su pretensión en una serie de alegatos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho. En concreto denuncia el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido para la fijación de la fórmula de revisión de tarifas y la ausencia de los informes preceptivos de los pliegos previstos en el apartado séptimo de la disposición adicional segunda del TRLCSP.

En cuanto a la ausencia de los informes preceptivos de los pliegos, el órgano de contratación es su escrito de alegaciones al recurso señala que lo alegado por la recurrente carece de la más mínima consistencia y rigor jurídico, pues en el expediente consta expresamente informes de la Intervención Municipal, de la Secretaría General, y del Servicio de Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Jaén.

Pues bien, sobre este alegato, el apartado séptimo de la disposición adicional segunda del TRLCSP dispone que *“Corresponde al órgano de contratación la aprobación del expediente y la apertura del procedimiento de adjudicación en los términos que se regulan en el artículo 110.*

La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares irá precedida de los informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor.”

En este sentido constan en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, por orden cronológico, informes de 23 de marzo de 2017 y 21 de abril de 2017 del Director de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Jaén, e informes de 25 de abril de 2017 de la Secretaría y de la Intervención municipal. Asimismo consta certificado del Secretario municipal del acuerdo del



Pleno del Ayuntamiento, de 9 de mayo de 2017, entre otros, de aprobación del expediente de contratación y de apertura del procedimiento de adjudicación.

Por tanto, existiendo constancia en el expediente de contratación de los informes preceptivos previstos en el apartado séptimo de la disposición adicional segunda del TRLCSP, denunciados por la recurrente, procede la desestimación de este motivo del recurso.

SEXTO. Respecto al alegato de incumplimiento del procedimiento legalmente establecido para la fijación de la fórmula de revisión de tarifas, la recurrente afirma que al encontrarnos ante un contrato con un precio igual o superior a cinco millones de euros, resulta de aplicación el apartado 7 del artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que exige la inclusión en el expediente de contratación de informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el órgano autonómico consultivo en materia de contratación pública.

Concluye la recurrente que la ausencia de dicho informe vicia de nulidad la cláusula 20 del PCAP, donde se regula la revisión de tarifas y la retribución del concesionario.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el presente alegato se encuentra igualmente huérfano de argumento jurídico, pues conforme al artículo 9 del Decreto 55/2017 al que se alude en el escrito de interposición, se prevé una fórmula de revisión de precios periódica y predeterminada, habiéndose establecido en la cláusula 20 del PCAP los requisitos legales del transcurso temporal mínimo de dos años desde la formalización del contrato así como la ejecución del mismo en un mínimo del 20%.



Pues bien, con respecto a este alegato, el artículo 89 del TRLCSP, en su redacción dada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, dispone que los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en los artículos 89 a 94 del citado Texto Refundido. Asimismo, señala que previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la citada Ley 2/2015 (Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero), la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

Por su parte, el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, cuyo objeto según su artículo 1 es el desarrollo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, así como del artículo 89 del TRLCSP, establece en su artículo 9 que los precios contenidos en los contratos del sector público a los que es de aplicación el TRLCSP, distintos a los de obras, de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada. Asimismo, señala que procederá la revisión periódica y predeterminada de dichos precios, transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe -en los contratos de gestión de servicios públicos no es exigible a estos efectos la condición relativa al porcentaje-, cuando concurren acumulativamente las siguientes circunstancias: que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años y que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable.

Así pues, conforme se ha expuesto, en los contratos del sector público a los que es de aplicación el TRLCSP distintos al de obra, de suministro de fabricación de armamento y de equipamiento de las Administraciones Públicas, como el aquí



examinado, para que puedan ser objeto de revisión periódica y predeterminada, única posibilidad de revisión de precios prevista para los contratos del sector público, es necesario que se den una serie de requisitos -que hayan transcurridos dos años desde la formalización del contrato, que se haya ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe (salvo para los contratos de gestión de servicios públicos), que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años y que así esté previsto en los pliegos que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable-, cuya constatación no prejuzga este Tribunal al no cuestionarlos la recurrente en su recurso, ni el órgano de contratación pronunciarse sobre ellos.

La recurrente lo que cuestiona en su recurso es que en el supuesto examinado, en el que se ha establecido fórmula de revisión de precios, la normativa de aplicación exige la inclusión en el expediente de contratación de un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el órgano autonómico consultivo en materia de contratación pública.

Pues bien, sobre este particular, el apartado 7 del citado artículo 9 del Real Decreto 55/2017, 3 de febrero, dispone que para los contratos con un precio igual o superior a cinco millones de euros -como el aquí examinado-, el órgano de contratación incluirá en el expediente de contratación un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado. Asimismo, establece que en el caso de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, así como de los organismos y entidades de ellas dependientes, este informe podrá ser recabado del órgano autonómico consultivo en materia de contratación pública, si existiera; en caso contrario, deberá ser recabado del citado Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, dispone en su artículo 1 que dicha Comisión es el órgano



colegiado consultivo específico en materia de contratación del sector público de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y de las demás entidades públicas y privadas vinculadas, dependientes o de titularidad de aquélla que deban sujetar su actividad contractual a lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público. Asimismo, establece que la Comisión podrá ser consultada por las entidades que integran la Administración Local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por las universidades públicas andaluzas y por las organizaciones empresariales con representatividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía en los distintos sectores afectados por la contratación del sector público.

Por tanto, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, incluida la Administración Local en el ámbito territorial andaluz, la Comisión Consultiva de Contratación Pública es el órgano autonómico consultivo andaluz en materia de contratación pública a los efectos previstos en el apartado 7 del artículo 9 del citado Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero.

En definitiva, en base a las consideraciones realizadas, en los contratos como el aquí examinado -con un precio igual o superior a cinco millones de euros- para poder establecer revisión de precios se deberá recabar, entre otras actuaciones previstas en el artículo 9 del Real Decreto Decreto 55/2017, de 3 de febrero, el informe preceptivo valorativo de la estructura de costes a emitir por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, no constando el mismo en el expediente de contratación remitido a este Órgano.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso y, en consecuencia, anular el pliego de condiciones administrativas particulares, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la elaboración del mismo, a fin de que en el nuevo pliego que, en su caso, se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en el presente fundamento de derecho, debiendo convocarse una nueva licitación.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A.** contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Concesión administrativa de la gestión del servicio de abastecimiento y depuración de agua del Ayuntamiento de Alcaudete” (Expte. 98/2017, convocado por el Ayuntamiento de Alcaudete (Jaén) y, en consecuencia, anular el pliego de condiciones administrativas particulares, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su elaboración, a fin de que en el nuevo pliego que, en su caso, se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 20 de julio de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

