

**Recurso 289/2018****Resolución 338/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 13 de diciembre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE, S.A.** contra el acuerdo de aprobación definitiva de la memoria de actividades, el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación para la “Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha” (Expte. 2018/049530/006-2017/00001), convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

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

**PRIMERO.** El 21 de julio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 139-318840 y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, de la concesión indicada en el encabezamiento de esta resolución, ascendiendo el valor estimado de la misma a la cantidad de 34.738.503,38 euros.



**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** Con fecha 13 de agosto de 2018, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE, S.A. (en adelante GALASA) contra el acuerdo de aprobación definitiva de la memoria de actividades, el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación de la concesión mencionada en el encabezamiento de esta resolución. En el escrito de recurso, la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

**CUARTO.** Por la Secretaría del Tribunal, el 13 de agosto de 2018 se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que remita la documentación necesaria para su resolución, la cual tuvo entrada en este Órgano el 20 de agosto de 2018.

Posteriormente, previa solicitud, el órgano de contratación el 7 de septiembre de 2018 remite el listado definitivo de entidades licitadoras con los datos necesarios a efecto de notificaciones.

**QUINTO.** La Secretaría del Tribunal, los días 30 de agosto y 10 de septiembre de 2018, concedió un plazo de 5 días hábiles, en el primer caso a dos de las entidades licitadoras y en el segundo al resto de ellas, para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas remitido dentro del plazo mencionado



las entidades FCC AQUALIA, S.A. (en adelante FCC AQUALIA) y CODEUR, S.A. (en adelante CODEUR).

**SEXTO.** Por Resolución de 24 de septiembre de 2018, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación. Dicha resolución fue recurrida en reposición, el 10 de octubre de 2018, por las entidades CODEUR y FCC AQUALIA, recurso que fue inadmitido por este Órgano mediante Resolución de 23 de octubre de 2018 por cuanto contra sus resoluciones dictadas en el procedimiento cautelar no cabe recurso en vía administrativa.

**SÉPTIMO.** Con fecha 5 de diciembre de 2018, el órgano de contratación presenta escrito en el Registro electrónico de este Tribunal solicitando el levantamiento de la medida cautelar de suspensión adoptada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 apartados 1 y 4 de la LCSP, 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 el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Garrucha (Almería) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, competencia que asimismo se declara en la publicación de la



convocatoria de licitación realizada el 21 de julio de 2018 en el citado Diario Oficial de la Unión Europea.

**SEGUNDO.** Procede a continuación 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.

Al respecto, según la calificación jurídica otorgada por el órgano de contratación en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación, el objeto de la licitación es una concesión de servicios, circunstancia que no es objeto de controversia, con un valor estimado de 34.738.503,38 euros, convocada por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que contra los actos dictados en el procedimiento de adjudicación de la citada concesión cabe recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en el apartado 1.c) del artículo 44 de la LCSP que dispone que «*Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

*c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.».*

En cuanto a los actos objeto del recurso, según se manifiesta en los fundamentos de derecho procesales del mismo, se dirige contra el acuerdo de aprobación definitiva de la memoria de actividades en sus aspectos social, jurídico, técnico y financiero, el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

Respecto al mencionado acuerdo de aprobación definitiva de la memoria de actividades en sus aspectos social, jurídico, técnico y financiero, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 44.2 de la LCSP, el recurso especial, salvo en los supuestos de rescate de concesiones y de determinadas modificaciones, es



procedente contra actos producidos en el seno del procedimiento de adjudicación, que comienza con la convocatoria de licitación y finaliza con la adjudicación del contrato, por lo que los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial, como ocurre en el supuesto examinado respecto del citado acuerdo de aprobación de la memoria de actividades, debiendo por tanto inadmitirse el recurso respecto de dicho acto. Prueba de ello es que la entidad ahora recurrente, según manifiesta, interpuso un recurso potestativo de reposición contra el mencionado acuerdo.

Por otro lado, los actos de objeto de recurso relativos al anuncio de licitación y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas son susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP que dispone que *«Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

*a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.».*

**TERCERO.** Visto en el fundamento anterior que de los actos que se recurren, los relativos al anuncio de licitación y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas son los únicos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, procede a continuación abordar la legitimación de la recurrente para su interposición, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación, y tanto el órgano de contratación como las entidades interesadas en sus escritos de alegaciones al recurso afirman su falta de legitimación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP, en lo que aquí interesa, establece en su párrafo primero que *«Podrá interponer el 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.».*



Al respecto, en numerosas resoluciones de este Tribunal (entre las más recientes, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre y 342/2018, de 11 de diciembre) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, 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.

Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio de algún tipo, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad que la de alcanzar la adjudicación. En consecuencia, salvo en los supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, circunstancia que no acontece en el supuesto examinado, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, pues con el recurso planteado no obtendría beneficio inmediato, directo o indirecto, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, procedería la inadmisión de aquél por falta de legitimación de la empresa recurrente.

Expuesto cuanto antecede, procede determinar si efectivamente la entidad recurrente GALASA, con base en el presente recurso, puede presentarse a la licitación y obtener de forma directa o indirecta la adjudicación del contrato.

En este sentido, la recurrente afirma que está legitimada para la interposición del recurso porque sus derechos o intereses legítimos pueden resultar afectados, toda vez que con el presente expediente de licitación se pretende por parte del Ayuntamiento de Garrucha separarla de la prestación del servicio que se quiere licitar, con evidente pérdida de economía de escala de los servicios relativos a la gestión integral del agua que gestiona de forma supramunicipal, para trece



municipios del levante almeriense, entre los que se encuentra el de Garrucha, sin que se prevea la indemnización de los perjuicios causados, ni la subrogación en la relación laboral de las personas trabajadoras que, en la actualidad, prestan servicio en la indicada población.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que GALASA carece de legitimación para la interposición del recurso especial que se examina, pues es una sociedad mercantil cuyo capital social pertenece íntegramente a determinadas Administraciones Públicas territoriales locales para la prestación de servicios públicos, en concreto para la gestión del ciclo del agua, a la que pertenece el Ayuntamiento de Garrucha, no pudiendo ir contra los actos propios por el principio de seguridad jurídica y el doctrinal de “*ne verine contra factum proprium*”.

Las entidades FCC AQUALIA y CODEUR, como entidades interesadas, en su escrito conjunto de alegaciones al recurso afirman, igualmente, que GALASA carece de legitimación. En este sentido, señalan que la recurrente no se basa en su interés en el procedimiento de adjudicación, sino en su pretensión de mantener su posición como prestadora de los servicios de abastecimiento y saneamiento.

Concluyen ambas entidades interesadas que la potencial estimación del recurso no puede reportarle a la recurrente el beneficio en que basa su legitimación, esto es, no verse apartada de la prestación del servicio.

Pues bien, este Tribunal, sin prejuzgar la validez del acuerdo municipal de aprobación definitiva de la memoria de actividades del que la presente licitación trae causa, acto que no es susceptible de recurso en esta sede como ya se ha analizado anteriormente, entiende que la entidad recurrente GALASA carece de legitimación, en el sentido expuesto anteriormente, para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y los pliegos por los argumentos que se recogen a continuación:

1. En primer lugar, la recurrente no acredita en qué medida, con la interposición del recurso contra el anuncio de licitación y los pliegos y la obtención de una



eventual estimación del mismo, evitaría algún perjuicio u obtendría un beneficio en orden a poder licitar y, en su caso, resultar adjudicataria. En este sentido, su alegato para justificar su legitimación gira en torno a los potenciales perjuicios que le derivaría su separación del servicio que se pretende licitar y que actualmente presta de forma supramunicipal, afirmando que ello le supondría pérdida de economía de escala, el que no se le indemnice por los perjuicios causados y no se produzca la subrogación laboral de las personas trabajadoras que en la actualidad prestan servicio en Garrucha.

2. En segundo lugar, como consta en el expediente remitido a este Tribunal, GALASA es una sociedad mercantil local constituida por la Diputación Provincial de Almería y por determinados Ayuntamientos de dicha provincia, entre los que se encuentra el de Garrucha, de capital íntegramente público, para la gestión directa de los servicios del ciclo integral del agua -también en dicho Ayuntamiento-, conforme al artículo 85 y concordantes de la Ley 7/1982, de 2 de abril, de bases de régimen local y 33 y siguientes de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

Al respecto, resulta evidente que el Ayuntamiento de Garrucha, respecto de los servicios del ciclo integral del agua de su término municipal, que hasta ahora los prestaba de forma directa a través de una sociedad de derecho privado cuyo capital es en su totalidad de titularidad pública -GALASA-, adoptó en su día la decisión de cambiar el modo de gestión del servicio público, pasando de una gestión directa a una de las modalidades de gestión indirecta. A tal efecto, la presente licitación tiene por objeto seleccionar al futuro prestador de los citados servicios del ciclo integral del agua.

En definitiva, el Ayuntamiento pretende gestionar el servicio de forma indirecta a través de un contrato de concesión de servicios, sin que este Tribunal pueda prejuzgar las actuaciones sobre el cambio de la forma de gestión realizadas por la mencionada Corporación Local.

En este sentido, no cabe admitir el que GALASA pueda presentarse a la licitación que se examina y, en su caso, ser adjudicataria de la prestación del servicio, ya que,



como se ha señalado, la presente licitación obedece a un cambio en la forma de gestión del servicio público, y GALASA no deja de ser un ente instrumental, entre otros, del Ayuntamiento.

Es decir, a la hora de prestar los servicios públicos de su competencia, los Ayuntamientos han de adoptar la decisión de hacerlo de forma directa o de forma indirecta. En el supuesto de que hayan optado por la gestión directa, a través de una sociedad mercantil municipal, si con posterioridad cambia de criterio decidiendo prestarlo de forma indirecta y convocando una licitación, es evidente que la sociedad mercantil municipal que venía prestándolo no puede concurrir a la misma.

Se trata de un supuesto similar al de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados contemplados en el artículo 32 de la LCSP. Así, según su apartado 1 *“Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta ()”*.

En este sentido, como puede comprobarse nos encontramos ante una mera posibilidad *-podrán organizarse-* de obtener la satisfacción de las necesidades del poder adjudicador: el encargo al medio propio. Es decir, que ante un determinada necesidad, los poderes adjudicadores tienen que adoptar una primera decisión: formalizar un encargo a un medio propio o bien licitar un contrato. Lo que no cabe es que habiendo optado por licitar un contrato, la entidad que es medio propio, y que podría haber recibido el encargo, pueda presentarse a la licitación. Así lo señala de forma expresa el apartado 2 del citado artículo 32 de la LCSP cuando establece que los estatutos o el acto de creación del ente destinatario del encargo deberán determinar, entre otros extremos, *“la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”*.

3. En tercer lugar, la condición de GALASA como sociedad mercantil local, de



capital íntegramente público, constituida por diversas entidades locales para la gestión directa de los servicios del ciclo integral del agua, entre las que se encuentra el Ayuntamiento de Garrucha, supone que de permitirse que dicha empresa pueda licitar a algún contrato en los que el órgano de contratación sea alguno de los entes locales accionistas, se estaría infringiendo el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras pues evidentemente dicha empresa estaría en una clara situación de ventaja al ser el poder adjudicador convocante de la presente licitación, accionista de la empresa potencialmente licitadora.

4. Por último, y a mayor abundamiento, en cuanto al fondo del recurso, la recurrente denuncia aspectos de los pliegos relacionados con la duración del contrato y con su supuesta desviación respecto de las previsiones y contenido de la memoria de actividades para los que se evidencia un mero interés en defensa de la legalidad, pues en nada le beneficiaría que se estimara su pretensión con anulación de los pliegos, al no poder concurrir en caso de que se convocase una nueva licitación.

Todo lo anterior lleva a concluir, como se ha expuesto, que la entidad recurrente GALASA carece de legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación que se examina.

Procede, pues, la inadmisión del recurso examinado contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, al constar de modo inequívoco y manifiesto la falta de legitimación de la entidad recurrente.

**CUARTO.** La inadmisión del recurso por las causas expuesta en los fundamentos de derecho segundo y tercero, previstas en los apartados b) y c) del artículo 55 de la LCSP, hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad e impide entrar a conocer sobre la solicitud de levantamiento de la suspensión del procedimiento instada por el órgano de contratación y las cuestiones de fondo suscitadas en el mismo.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE, S.A.** contra el acuerdo de aprobación definitiva de la memoria de actividades, el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación para la “Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha” (Expte. 2018/049530/006-2017/00001), convocado por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería), por los motivos esgrimidos en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución.

**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 mediante Resolución de 24 de septiembre de 2018.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a las partes 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.

