

**Recurso 77/2013****Resolución 109/2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de septiembre de 2013

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CALPESUR, S.L.** contra la resolución de exclusión de la licitación en el contrato promovido por el Ayuntamiento de Puerto Real (Cádiz) denominado “Gestión de servicios del Complejo Municipal de Piscinas, mediante concesión administrativa” (Expte. G/004/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 19 de abril de 2013, se publicó en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Puerto Real anuncio para la licitación pública por el procedimiento negociado con publicidad del contrato “Gestión de servicios del Complejo Municipal de Piscinas, mediante concesión administrativa” (Expte. G/004/2012).

En dicha licitación la empresa recurrente concurrió en Unión Temporal de Empresas con la empresa CERES SEVILLA, S.L.



**SEGUNDO.** El 22 de mayo de 2013, la empresa CALPESUR, S.L. presentó en el Registro General del Ayuntamiento de Puerto Real (Cádiz) recurso especial en materia de contratación contra el Decreto de la Alcaldía de 15 de mayo de 2013, por el que se excluye de la licitación a la citada UTE por considerar no acreditada la solvencia económica y financiera presentada por CERES, S.L. y CALPESUR, S.L.

Dicho recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, teniendo entrada en el Registro del mismo el 27 de mayo de 2013, junto al expediente de contratación y el informe sobre el recurso.

**TERCERO.** Mediante oficio de 8 de julio de 2013, se requirió al recurrente para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.4 del TRLCSP, acreditara el poder de representación de quien interpone el recurso en nombre de la empresa recurrente.

**CUARTO.** La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 18 de julio de 2013, dio traslado del recurso a los licitadores en el procedimiento de adjudicación del contrato, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La primera cuestión a analizar es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del TRLCSP establece, con relación al órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, que *“la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que*



*no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito”.*

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10, establece que las entidades locales andaluzas y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos o bien, atribuir dicha competencia a este Tribunal, mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

El 24 de junio de 2013, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de Puerto Real y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad a este Tribunal.

**SEGUNDO:** Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso se interpone por el representante de CALPESUR, S.L. Dicha empresa participó en la licitación en Unión Temporal de Empresas (UTE) con la empresa CERES, S.L., aunque el recurso solo se formaliza en representación de CALPESUR, S.L. y no de la UTE.

En este sentido, la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo (así la STS de 28 de febrero de 2005), acoge la argumentación de que cualquiera de los partícipes de la unión temporal puede actuar en defensa de los derechos de la agrupación *“sin que esté justificado que la sentencia impugnada declarase que no se había acreditado la legitimación de quien actuaba en interés de la*



*UTE, pues, en caso de duda sobre la legitimación, debió resolverse en el sentido de aceptar ésta en aplicación del principio pro actione”.*

Este es el criterio asentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 4 de octubre de 2007 en el asunto C-492/06 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano), donde indicó que *“la Directiva 89/66/CEE no se opone a que, según el Derecho Nacional, uno solo de los miembros de la unión temporal de empresas pueda interponer, a título individual, un recurso contra la decisión de adjudicación”*. En el mencionado Auto, el Tribunal de Justicia razona que, en su sentencia de 8 de septiembre de 2005, se limitó a determinar el umbral mínimo de acceso al recurso garantizado por la Directiva, pero no excluye que otros derechos nacionales puedan conceder un acceso más amplio, estableciendo una legitimación activa más amplia que la mínima garantizada.

**TERCERO:** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

En este sentido, el artículo 40.1 del TRLCSP establece que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

*(...)*

*Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años”.*



Puesto que la duración del contrato es de 15 años, es necesario determinar si se cumple el otro requisito, esto es, tener un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 euros, a efectos de admitir el recurso especial en materia de contratación.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna definición concreta de lo que debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 43/2012, señaló que la expresión debe entenderse como alusiva al *“importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se la ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido”*.

De otro lado, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, rehusa el concepto contable de tales gastos y acoge el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento que se encuentra en los artículos 126.2 y 129.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, los cuales se refieren al *“coste del establecimiento del servicio”* para calcular la retribución prevista para el concesionario *“de donde cabe deducir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación (...). Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras”*.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 30/2011, de 29 de junio, entiende que la expresión de gastos de primer establecimiento se refiere al importe determinado en el estudio económico que debe preceder necesariamente a la celebración de todo contrato de gestión de servicio público y que ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. Tales gastos suponen el coste (inversiones IVA excluido+gastos) para la puesta en marcha de un servicio, excluyendo las inversiones y gastos futuros o de explotación.

En el contrato de gestión de servicio público objeto del presente recurso se establecen unas inversiones iniciales de 501.000 €, por lo que al ser los gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 € y el plazo de duración del contrato superior a 5 años, está comprendido en los previstos en el artículo 40 del TRLCSP como susceptibles de recurso especial en materia de contratación; Asimismo, el acto recurrido es el acuerdo de exclusión de la licitación a la empresa recurrente.

Por tanto, resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1 c) y 2 b) del TRLCSP.

**CUARTO.** Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su primer párrafo, 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 aquél 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:*

*b) Cuando se interponga (el recurso) contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”*



En el supuesto analizado, el Decreto de la Alcaldía de exclusión es de 15 de mayo de 2013. Dicho acuerdo se notificó por correo certificado a la recurrente, que lo recibió el 20 de mayo de 2013. Por tanto, habiendo tenido entrada el recurso en el Registro del órgano de contratación el 22 de mayo de 2013, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

**QUINTO.** Entrando en el fondo del recurso, los motivos que alega el recurrente se centran básicamente en la falta de motivación del Decreto de la Alcaldía por el que se excluye de la licitación a la citada UTE lo que le provoca indefensión.

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe remitido a efectos de presente recurso, se limita a indicar la causa de exclusión de la licitación, basada en que no se estima suficientemente acreditada la solvencia económica y financiera de la citada UTE.

El análisis de la cuestión planteada requiere examinar la solvencia económica y financiera que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) exigía a los licitadores.

La cláusula 9.2.1.1. B) referida a “Documentos acreditativos de la solvencia económica y financiera, técnica y profesional” dispone que:

“A los efectos señalados en el artículo 163.1 del TRLCSP se establecen como criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 75 y 78 de dicha norma, con arreglo al cual serán elegidos los candidatos que serán invitados a participar en el procedimiento, los siguientes:

- a) La solvencia económica y financiera de las empresas habrá de acreditarse con declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, habida cuenta del objeto del contrato, de su importe y de sus características.



- b) La solvencia técnica o profesional de las empresas licitadoras habrá de acreditarse por cualquiera de los medios señalados en el artículo 78 del TRLCSP, en función del objeto del contrato, de su importe y de sus características”.

El PCAP se limita, por tanto, a establecer los medios para acreditar la solvencia requerida a las empresas, pero no establece las condiciones mínimas de solvencia exigible, tal y como establece el artículo 62 del TRLCSP que dispone que *“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación (...)*

*2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionados al mismo”.*

El no fijar el PCAP los requisitos mínimos de solvencia supone un vicio de nulidad de pleno derecho, en la medida que dicha falta de concreción genera indefensión a los licitadores, quedando al arbitrio del órgano de contratación, la apreciación de la acreditación de dicha solvencia. Así, el artículo 32.a) del TRLCSP considera como supuestos de nulidad de pleno derecho los contemplados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual, a su vez, reputa como tales, en su inciso a), *“los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”.*

En el presente caso, la mesa de contratación reunida el 3 de mayo de 2013 para la apertura de la documentación complementaria de solvencia económica y financiera, acordó requerir a la UTE CALPESUR, S.L.-CERES SEVILLA, S.L. *“la subsanación del compromiso de responsabilidad frente a terceros en el que debe constar la responsabilidad solidaria de los empresarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.2 del TRLCSP”.*



Posteriormente, el 7 de mayo de 2013, se reúne la mesa de contratación para analizar la documentación aportada por el recurrente tras la subsanación requerida a la citada UTE y se acuerda, según consta en el acta de la citada mesa, no estimar acreditada “suficientemente” para la ejecución del contrato la solvencia económica y financiera de la misma.

A la vista del citado acuerdo de la mesa de contratación, por Decreto de la Alcaldía de 15 de mayo de 2013, se acuerda la exclusión de la licitación de la UTE porque “el documento de clasificación empresarial aportado por CALPESUR, S.L. y CERES SEVILLA, S.L., no puede prevalecer como bastante a efectos del artículo 83 del TRLCSP, máxime cuando la situación de solvencia resulta ser negativa a la vista de las cuentas aportadas y que constituyen prueba en contrario como expresa el artículo 83, así como que la clasificación que ostenta CERES SEVILLA, S.L. se refiere a actividades de obras y construcción para nada relacionadas con la actividad de servicio público de gestión de piscinas municipales que se licita y máxime cuando la actividad de construcción se encuentra en un claro momento de recesión que no permite prevenir resultados positivos suficientes tal como las mismas cuentas aportadas por CERES SEVILLA, S.L. demuestran”.

Por tanto, se excluye a la citada UTE porque las cuentas anuales presentadas por las empresas que van a formar parte de la UTE “no acreditan suficientemente” la solvencia económica y financiera cuyos requisitos mínimos no se ha establecido previamente en el PCAP, generando por tanto, la más absoluta indefensión para la recurrente, puesto que la falta de motivación de la resolución de exclusión de la licitación, es una consecuencia de la propia arbitrariedad que genera el PCAP al no establecer las condiciones mínimas de solvencia exigibles.

Como señala **la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06)**, a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende



de éste, es exigible que *“los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (...)*

*A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (...).”*

La cláusula del Pliego entraña, justamente, una vulneración del derecho a la igualdad contemplado en el artículo 14 Constitución Española. Ello es así desde el momento en que depara un trato desigual carente de base objetiva y razonable para supuestos de hecho sustancialmente coincidentes (que es lo que prohíbe el artículo 14 CE: STC 200/2001 de 20 de octubre), pudiendo excluirse a los licitadores que no reúnan la suficiente solvencia económica y financiera, cuya apreciación queda, en todo caso, al albur del órgano de contratación.

No es óbice a esta conclusión el carácter restrictivo de los supuestos de nulidad de pleno derecho, toda vez que, en el caso que ahora nos ocupa, la cláusula analizada determina que quede al criterio particular y subjetivo del órgano de contratación el análisis de los requisitos de solvencia de las empresas para concurrir a la licitación.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 69/2012, de 21 de marzo, con apoyo doctrinal, entre otras, en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, -asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros -, concluía que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho *“... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban*



*considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta*". Por tanto, en el caso de cláusulas del PCAP que posibilitan excluir de la licitación sin ningún parámetro objetivo y a criterio absolutamente subjetivo de quien toma la decisión, hay que llegar a la conclusión de que, al no haberse establecido previamente las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera exigibles conforme al artículo 62.2 del TRLCSP, las cláusulas del PCAP relativas a esa solvencia incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

**SEXTO.** Como más arriba indicábamos, el recurso tiene un único fundamento, cual es el de falta de motivación generadora de indefensión, tanto de la propuesta de la mesa de contratación, como del Decreto de la Alcaldía recurrido y su notificación.

Antes que nada, debe destacarse que la recurrente aduce que se le ha producido indefensión ante el desconocimiento de las razones concretas que han llevado a excluir su oferta de la licitación, no solo en la notificación del acto, sino en el acto mismo y a lo largo del expediente administrativo, por lo tanto cabe analizar si falta la motivación necesaria no solo en la notificación, sino en la propia toma de decisión recogida en el expediente administrativo.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, ha sido abordada por este Tribunal en resoluciones anteriores (entre otras la 20/2013, de 4 de marzo) En la misma, se alude a varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se señala que "la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones", ya que "la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos".



Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002 señala que *“la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Pues bien, la doctrina constitucional expuesta, aún cuando se refiere a las sentencias de los órganos judiciales, cabe entenderla igualmente aplicable al acto administrativo, pues lo determinante es que se exterioricen en el mismo los razonamientos que han llevado a la Administración a adoptar la resolución de que se trate. Sólo así se puede efectuar un adecuado control de la actividad administrativa, velando por que no se haya incurrido en discriminación o arbitrariedad a la hora de resolver y se garantiza a los interesados el derecho de defensa, a fin de que puedan oponerse y rebatir fundamentamente la decisión administrativa.

Ciertamente, en términos de la doctrina del Tribunal Constitucional, la motivación ha de ser adecuada y suficiente. No necesariamente tiene que ser extensa y prolija, pero sí debe exteriorizar los rasgos más esenciales del



razonamiento que ha llevado a la adopción de la decisión, pues sólo así se puede apreciar la racionalidad de la medida y mejorar las posibilidades de defensa del ciudadano mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto procedan.

En este sentido, cabe citar también la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha de 28 de enero de 2010 (AS C406/08 Uniplex): “30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente el recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

*31. EL candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.*

En el presente caso, se produjo una falta de motivación de la resolución de exclusión de la licitación a la UTE CALPESUR, S.L. y CERES SEVILLA, S.L., pues solo se le indicaba en el Decreto de la Alcaldía impugnado que no acreditaba la solvencia económica y financiera. Como hemos señalado, la falta de motivación deriva de la falta de concreción en el PCAP de la solvencia económica exigible y en consecuencia, todo ello conlleva a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad del Decreto de la Alcaldía impugnado y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre la concreción de las condiciones mínimas de solvencia y su plasmación en los pliegos

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, Este Tribunal, en el día de la fecha,



## RESUELVE

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CALPESUR, S.L.** contra el Decreto de la Alcaldía de exclusión de la licitación en el contrato promovido por el Ayuntamiento de Puerto Real (Cádiz) denominado “Gestión de servicios del Complejo Municipal de Piscinas, mediante concesión administrativa” declarando su nulidad por falta de motivación y acordando la anulación del procedimiento de licitación y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en los términos expuestos.

**SEGUNDO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

**LA PRESIDENTA**

