

Recurso 53/2024
Resolución 72/2024
Sección tercera.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 13 de febrero de 2024

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **ECSE, S.L.**, contra la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de hipoclorito sódico en las instalaciones que gestiona Aguas de Córdoba-EMPROACSA. Zonas Norte-Oriental y Sur” (Expte. CC 32/2023), convocado por el poder adjudicador Empresa Provincial de Aguas de Córdoba S.A.-EMPROACSA, ente instrumental adscrito a la Diputación Provincial de Córdoba, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de noviembre de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 314.400 euros.

Conforme a la Disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas se registrarán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

En este sentido, la entidad pública empresarial ostenta la condición de entidad contratante y está incluida en el ámbito de aplicación subjetiva del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, (en adelante, RD Ley 3/2020). El objeto de la licitación que nos ocupa debe considerarse incluido en el ámbito objetivo del referido RD Ley 3/2020 conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 20 del mencionado texto legal, por lo que le resulta de aplicación.

Por tanto, se rige por dicha norma. No obstante, a pesar de ello en los pliegos se afirma, y así aparece en su clausulado, que el procedimiento de contratación se registrará por la LCSP, sin embargo, en la cláusula 33ª del PCAP respecto al sistema de recursos se señala que resulta de aplicación el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.



En este sentido, la cláusula 33.1, expresa que los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales del artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2020 o normativa que le sustituya, expresando que *“serán susceptibles de reclamación en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía los actos y decisiones susceptibles de reclamación por esta vía, conforme a lo establecido en el artículo 119 del Real Decreto-ley 3/2020”*.

En la cláusula 33.2, relativo a los contratos cuyo valor estimado sea inferior a los umbrales del artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2020 o normativa que le sustituya, expresa que:

“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación que no reúnan los requisitos del apartado anterior, podrán ser impugnados en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ante la Excm. Diputación de Córdoba (artículo 44.6 LCSP).”

Debe señalarse que los pliegos se encuentran viciados en cuanto a este contenido, siendo indisponible por el órgano de contratación el régimen jurídico a aplicar a una determinada licitación.

SEGUNDO. El 6 de febrero de 2024 se presenta escrito de reclamación. Mediante oficio de 6 de febrero de 2024 de la Secretaría del Tribunal, se da traslado a la entidad contratante del citado escrito de reclamación y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Lo solicitado no fue recibido hasta el día 11 de febrero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por remisión del artículo 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, en relación a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley de los Sectores Especiales), y 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.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de una sociedad mercantil dependiente de la Diputación Provincial de Córdoba como expresa el artículo 2 bis de sus Estatutos que señala:

“(…) tiene la consideración de medio propio personificado de la Diputación de Córdoba, pudiendo conferirle encargos de ejecución obligatoria referidos a materias incluidas en el objeto social de la Sociedad, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por la Diputación y con cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de contratos del sector público vigente en cada momento”

Se rige por la citada Ley de Sectores Especiales, cuyo artículo 5.1 dispone que *«Quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14.*



Asimismo, quedarán sujetas al presente real decreto-ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes».

El artículo 8 de la citada ley dispone lo siguiente:

«1. El presente real decreto-ley se aplicará a las actividades siguientes:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.

b) El suministro de agua potable a dichas redes.

2. El presente real decreto-ley se aplicará, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:

a) Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

b) La evacuación o tratamiento de aguas residuales.

3. No se considerará como una actividad con arreglo al apartado 1 el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de agua potable por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11.

b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de agua potable de la entidad contratante tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso».

En este sentido, la empresa pública ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en la Ley de Sectores Especiales conforme a sus estatutos, que disponen que constituye su objeto social -entre otros- *«cuantas actividades estén encaminadas a la gestión y administración del ciclo integral del agua, con destino a usos domésticos, industriales o urbanos de cualquier tipo, desde la regulación de los recursos hidráulicos necesarios, hasta el vertido a cauce público de las aguas residuales, actuando en colaboración con los Ayuntamientos de la Provincia, además de prestarles asesoramiento y asistencia jurídica, técnica, económica y financiera en todos los aspectos del ciclo hidráulico, actuando preferentemente en la explotación de los siguientes servicios públicos y actividades:*

1º) El suministro domiciliario de agua.

2º) El saneamiento, comprendiendo el alcantarillado y la depuración de las aguas residuales.

3º) La conservación y mejora de las canalizaciones e infraestructuras existentes titularidad de la Diputación de Córdoba relacionadas con el ciclo integral del agua de titularidad provincial, así como las de aquellas de titularidad pública que les fueran encomendadas expresamente por la Diputación de Córdoba.

4º) Fabricación y comercialización de los productos y subproductos que se obtengan de la explotación de los servicios públicos de suministro o depuración de aguas, así como el estudio y experimentación de las técnicas relacionadas con el ciclo integral del agua.

5º) La mejora y protección del Medio Ambiente, así como la lucha contra la contaminación del agua.

6º) Cualesquiera otras actividades relacionadas con la prestación de los servicios públicos supramunicipales que la Diputación Provincial de Córdoba pone a disposición de los municipios de la Provincia».

Sobre lo anterior, la Diputación, como entidad de la que depende dicha empresa pública, no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por lo que al haberse remitido a este Órgano la



documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso, se concluye que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía es el competente para resolver los recursos y reclamaciones contra actos dictados en el ámbito de la citada Corporación local y sus poderes adjudicadores adscritos, como, en este caso, es la entidad contratante.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostentaría legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 121 de dicho RD Ley 3/2020, pues de alguna forma el escrito dirigido al Tribunal revela el interés en la licitación.

TERCERO. Acto objeto de recurso.

Por otra parte, respecto al objeto de la licitación, el cuadro resumen del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares establece en el apartado “Descripción del objeto del contrato”, lo siguiente:

“En el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) se recogen las previsiones de suministro del presente contrato”

En el pliego de prescripciones técnicas se señala lo siguiente respecto de su objeto:

“Cláusula 1. Objeto del Contrato.

El objeto del contrato a que se refiere el presente Pliego es el suministro de hipoclorito sódico para la desinfección del agua en las instalaciones de abastecimiento de agua potable que gestiona Aguas de Córdoba (EMPROACSA) de conformidad con las prescripciones que se establecen.

Por la naturaleza del objeto de la licitación, y con la finalidad de constituir unidades funcionales en las que el suministro se preste en condiciones y forma adecuadas, se procede a la división de esta en lotes.

LOTE 1: Suministro para la Zona I (Norte)

LOTE 2: Suministro para Zona II (Sur)

En el Anexo I se señalan los municipios incluidos en cada zona, pudiendo ampliarse a municipios adyacentes no incluidos en la misma si fuera necesario.

Los licitadores ofertarán un precio unitario por kilogramo (kg) de hipoclorito sódico suministrado en cualquiera de los puntos de suministro del ámbito geográfico de cada zona, de acuerdo con las prescripciones del presente Pliego y las condiciones que establece el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

Al respecto debe recordarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 37/2020 que tiene por objeto “diversas cuestiones sobre la Ley de Sectores”, el cual señala que:

“...la mera condición de entidad contratante o la mera realización de alguna de sus actividades en el ámbito propio de la LS no implica que todos los contratos que realicen deban regirse necesariamente por ella, sino que, tal como hemos venido exponiendo en anteriores párrafos, es menester que el contrato en cuestión guarde una relación no simplemente genérica o lejana con las actividades específicamente mencionadas en el artículo 8 de la LS”(..).

“A esta conclusión no puede oponerse el argumento de que el anexo I de la LS establezca un catálogo amplio de actividades que se rigen por ella, porque dichas actividades sólo se benefician de la aplicación de la regulación especial, como señala el artículo 1.1 a) LS, cuando se realicen “en el ámbito de una o más actividades contenidas en



los artículos 8 a 14 de este real decreto-ley”, esto es, cuando se desarrollen en el marco o con ocasión de la realización de una de las actividades sujetas o de un contrato específico que sí lo esté, no de la restante actividad de la entidad contratante. La relación con el objeto del contrato que está materialmente sujeto a la LS es lo que determina la aplicación de la LS a los contratos del Anexo I, sin que, por el hecho de figurar en éste, todos los contratos que menciona deban quedar sujetos a la LS. La misma conclusión debe predicarse de los trabajos relacionados con las obras a que alude el Anexo II de la misma norma legal”. Debemos señalar que el PCAP, con relación al PPTP se recoge un objeto que es propio de dicha legislación.

El artículo 1 del RD Ley 3/2020 establece que la misma será de aplicación a los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior, en el caso de los contratos de suministro, a 443.000 euros.

La Disposición Adicional Quinta del RDL 3/2020 establece que *“los contratos que estando excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley tengan por objeto las actividades indicadas en sus artículos 8 a 14, serán adjudicados por las entidades pertenecientes al Sector Público con sujeción al régimen jurídico que en cada caso resulte de la aplicación de la disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”.*

Al respecto, la Disposición Adicional Octava de la LCSP dispone que *“los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.*

Ello supone la inadmisión de la presente reclamación en materia de contratación e improcedencia de acuerdo con la reclamación regulada en el artículo 119 del RD Ley 3/2020, pues tratándose de expediente de contratación referido a las actividades indicadas en sus artículos 8 a 14, y sin que su valor estimado alcance el umbral determinado en el artículo 1 de la antecitada norma (por todas, Resoluciones 310/2019, de 26 de septiembre, 182/2019, de 4 de junio, 181/2019, de 4 de junio y 117/2019, de 22 de abril), no puede considerarse admisible el mismo.

CUARTO. Consideración en virtud del artículo 119.4 del Real Decreto Ley 3/2020.

Una vez sentado lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 119.4 del RD Ley, procede recurso ordinario, pues debe estimarse a sensu contrario. Así se expresa lo siguiente cuando señala: *“contra las actuaciones mencionadas en el apartado 2 del presente artículo como susceptibles de ser impugnados mediante la reclamación en materia de contratación no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios”.*

Así por ejemplo se ha manifestado en supuestos similares el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 777/2021, de 24 de junio, en la que recopila la doctrina mantenida por el citado órgano y manifiesta:

«Pues bien, no hallándonos ante un contrato sujeto al Real Decreto-Ley 3/2020, por ser el valor estimado del contrato inferior al previsto en el art.1.1.b) de dicha norma, hay que estar a lo previsto en la Ley 9/2017, como prevé la Disposición Adicional Octava segunda in fine de la Ley 9/2017, y la regla especial que a este respecto fija la Ley 9/2017, es la contemplada en el art. 321.5 LCSP, que configura un recurso de alzada especial o impropio, vía de impugnación especialmente habilitada para una entidad que no es poder adjudicador, como es el caso de la S.E. Correos y Telégrafos, S.A.



En consecuencia, al no hallarnos ante una reclamación de las previstas en los art. 120 y ss. del Real Decreto-Ley 3/2020, procede la inadmisión del recurso interpuesto sin más trámite, sin entrar a conocer los demás requisitos de procedibilidad ni la cuestión de fondo planteada, ordenando el archivo de las actuaciones».

Por todo ello, en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso especial presentado ante este Tribunal al órgano competente, en base a lo establecido en los artículos 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 116 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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, entidad **ECSE, S.L.**, contra la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de hipoclorito sódico en las instalaciones que gestiona Aguas de Córdoba-EMPROACSA. Zonas Norte-Oriental y Sur” (Expte. CC 32/2023), convocado por el poder adjudicador Empresa Provincial de Aguas de Córdoba S.A.-EMPROACSA.

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

TERCERO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación a los efectos oportunos, de acuerdo con lo señalado en el fundamento de derecho cuarto.

NOTIFÍQUESE 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.

