



**Recurso nº 821/2014 C.A. Extremadura 031/2014**

**Resolución nº 820/2014**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 31 de octubre de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. D.S.P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A., y D<sup>a</sup> M.O.C.H. y D. I.L.L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., contra la resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 23 de septiembre de 2014, por la que se acordó la adjudicación provisional del contrato de “Gestión del servicio integral del agua en la ciudad de Cáceres” (expediente 2/2009), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El 10 de agosto de 2010 se publicó en el BOP de Cáceres el procedimiento de licitación correspondiente al expediente 2/2009, de contratación de gestión del servicio público del ciclo integral del agua, convocado por el Ayuntamiento de Cáceres. La licitación de dicho contrato se ajustó a los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 3 de octubre, de Contratos del Sector Público.

A dicha licitación concurren cuatro empresas: ACCIONA AGUA, S.A., AGUAS DE CÁCERES, S.L., AQUALIA, S.A. y CANAL DE ISABEL II.

La cláusula 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exigía que en el Sobre B, relativo a la oferta técnica, se incluyesen los costes asociados en los apartados 1 (Proyecto de organización de los servicios propuestos) y 2 (metodología de gestión y mejora de los servicios propuestos).

**Segundo.** El 8 de noviembre de 2010 el Jefe de la Inspección de los Servicios Técnicos Municipales emitió informe de valoración del contenido de los Sobres B de las proposiciones de los licitadores, asignando las siguientes puntuaciones:

- a) CANAL DE ISABEL II: 33,29 puntos.
- b) AGUAS DE CÁCERES; S.L.: 30,60 puntos
- c) ACCIONA: 23,42 puntos.
- d) AQUALIA S.A.: 22,90 puntos.

**Tercero.** El 13 de diciembre de 2010 el Jefe de Inspección de los Servicios Técnicos Municipales emitió nuevo informe en el que hace constar que *“para la elaboración del informe técnico realizado por el que suscribe el 8 de noviembre de 2010 no se han utilizado datos económicos (costes asociados) al no estar incluidos o bien detallados en ninguna oferta. Por ello, las valoraciones se han realizado, como se justifica en el informe, con criterios de juicio de valor y los datos objetivos existentes en la documentación aportada, y comparándose entre sí las distintas ofertas para la puntuación de los diferentes apartados”*.

**Cuarto.** La Mesa de Contratación consideró necesaria la emisión de un nuevo informe técnico en el que se otorgaran 0 puntos a los licitadores que no especificaron en el Sobre B los costes asociados a sus propuestas.

Dicho nuevo informe se emitió el 20 de diciembre de 2010 por el Jefe de la Inspección de los Servicios Técnicos Municipales, y en el mismo se adjudicaron 23,42 puntos a ACCIONA; 7,15 puntos a AQUALIA, S.A. y 6,05 puntos a AGUAS DE CÁCERES, S.L.

**Quinto.** Tras los trámites procedimentales oportunos, el informe final de valoración de las proposiciones reflejó los siguientes resultados:

- a) ACCIONA AGUA S.A.U.: 57,47 puntos
- b) CANAL DE ISABEL II: 58,44 puntos
- c) AQUALIA, S.A.: 57,94 puntos
- d) AGUAS DE CÁCERES, S.L.: 57,75 puntos.

**Sexto.** Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cáceres de 13 de mayo de 2011 se acordó adjudicar provisionalmente el contrato a la empresa ACCIONA, S.A.U., adjudicación que se elevó a definitiva el 27 de julio de 2011.

**Séptimo.** La adjudicación del contrato fue objeto de tres recursos contencioso-administrativos ante el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Cáceres, en los procedimientos ordinarios nº 301, 304 y 355/2011, interpuestos, respectivamente, por AQUALIA, S.A., AGUAS DE CÁCERES S.L. y CANAL DE ISABEL II.

**Octavo.** Las sentencias del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Cáceres de 24 de mayo y de 3 y 10 de junio de 2013 anularon los actos impugnados y ordenaron la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la decisión de la Mesa de Contratación de 20 de diciembre de 2010 de reducir la puntuación de los Sobres B en los que no se hubieran recogido los costes asociados.

Dichas sentencias fueron confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencias de 13 de febrero (recurso 188/2013) y de 18 de febrero de 2014 (recursos 189/2013 y 190/2013).

**Noveno.** En cumplimiento de dichas resoluciones judiciales se acordó la retroacción de las actuaciones y, previos los trámites procedimentales oportunos, por resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 23 de septiembre de 2014 se acordó adjudicar provisionalmente el contrato de continua referencia a la empresa CANAL DE ISABEL II.

**Décimo.** El 10 de octubre de 2014 D. D.S.P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A., y D<sup>a</sup>. M.O.C.H. y D. I.L.L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., interpusieron recurso especial en materia de contratación contra la referida resolución de adjudicación provisional de 23 de septiembre de 2014.

**Undécimo.** Con fecha de 16 de octubre de 2014 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el expediente de contratación junto al informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

**Duodécimo.** La Secretaría del Tribunal, el día 21 de octubre de 2014, dio traslado del recurso especial a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa CANAL DE ISABEL II, que con fecha de 27 de octubre de 2014 se opuso a la estimación del recurso, y la empresa AGUAS DE CÁCERES, S.L., que en la misma fecha formuló alegaciones solicitando la inadmisión del recurso especial, por tener por objeto el acto de adjudicación provisional, y, subsidiariamente, su desestimación.

**Decimotercero.** El 20 de octubre de 2014, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 16 de julio de 2012, publicado en el BOE de 9 de agosto de 2012.

**Segundo.** Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello (artículos 42 y 85 del TRLCSP), pues interpone el recurso la empresa ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.U., sucesora, en virtud de un supuesto de escisión parcial por rama de actividad, de la empresa a la que inicialmente se adjudicó el contrato impugnado (ACCIONA AGUA, S.A.), quien, *ad cautelam*, también firma el presente recurso especial.

**Tercero.** El contrato objeto de recurso es un contrato de gestión de servicios públicos que, para ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, ha de reunir los dos requisitos establecidos en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, esto es, superar los gastos de primer establecimiento, IVA excluido, el importe de 500.000 euros, y tener un plazo de duración superior a cinco años.

Concorre claramente el segundo de los requisitos apuntados, pues conforme a la cláusula 4 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) la duración del contrato es de 24 años.

En cuanto al requisito relativo al importe de los gastos de primer establecimiento, el Tribunal viene interpretando dicha exigencia (por todas, Resoluciones 406/2014, de 23 de mayo, 500/2014, de 27 de junio, 586/2014, de 30 de julio, 695/2014, de 23 de septiembre, ó 748/2014, de 3 de octubre), como equivalente al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato debe asumir para la puesta en marcha del servicio. Aunque en el Pliego de Condiciones no se fija el presupuesto de gastos de primer establecimiento, sí establece que *“la inversión mínima anual queda determinada en la cantidad de 565.215,39 euros”*, y la cláusula 8ª del PPT establece la obligación de aportar una serie de medios personales y materiales (vehículos, maquinaria, mobiliario, equipos, herramientas, instalaciones fijas...) que hacen suponer fundadamente que, los gastos de primer establecimiento superarán los 500.000 euros por lo que se entiende cumplido el referido requisito. Cabe añadir que el propio órgano de contratación ha admitido la concurrencia de dicha exigencia, al haber admitido y tramitado en su día un recurso especial interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 27 de julio de 2011, por la que se adjudicó en su día el mismo contrato de gestión de servicios públicos que se considera, según consta en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Cáceres) de 13 de febrero de 2014.

**Cuarto.** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2.b) de la LCSP, esto es, dentro del plazo de quince días siguientes a aquél en el que el interesado tuvo conocimiento del acto impugnado.

Consta la formulación por la recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Quinto.** Se recurre el acto de adjudicación provisional de un contrato sometido a la LCSP de 3 de octubre de 2007 (que, como es sabido, distinguía en su redacción inicial entre adjudicación provisional y definitiva), adoptado el 23 de septiembre de 2014, tras la retroacción de las actuaciones ordenada por varias resoluciones judiciales que anularon parcialmente el procedimiento de contratación.

Sobre la admisión del recurso contra la adjudicación provisional de un contrato licitado bajo la vigencia de la LCSP, siendo dicha adjudicación provisional posterior a la entrada

en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto (que reguló, como el vigente TRLCSP, un único trámite de adjudicación, suprimiendo la dualidad preexistente de adjudicación provisional y definitiva), el Tribunal tiene un consolidado criterio que ha venido aplicando de forma reiterada en anteriores ocasiones (Resoluciones 2/2010, 3/2010, 4/2010, 5/2010, 6/2010, 7/2010, 8/2010, 9/2010, 11/2010, 12/2010, 13/2010, 23/2010, 30/2010, 32/2010, 14/2011, 28/2011, 37/2011, 57/2011 o 141/2011, entre otras).

El Tribunal parte en este punto de la premisa (informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 45/2010, de 28 de septiembre), de que *“la finalidad de la Ley 34/2010 es la de incorporar a nuestro Derecho las normas de la Directiva 2007/66/CE, procediendo a su aplicación en el sentido expresado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto C-444/06, Comisión contra Reino de España”* y, en consonancia con ello, (por todas, Resolución 30/2010, de 16 de diciembre), el Tribunal sostiene lo siguiente:

*“Quinto. Visto lo anterior, la primera cuestión que ha de abordarse es la relativa a los requisitos de admisión del recurso, lo que debe llevarnos asimismo a la determinación de si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos resultan susceptibles de recurso en esta vía.*

*Al respecto debe traerse a colación la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010, de conformidad con el cual: ‘La segunda hipótesis a considerar en este apartado se refiere a la posibilidad de que la adjudicación provisional se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En tal caso, debe entenderse que ya sólo cabe interponer el recurso que regula esta nueva Ley, siendo la cuestión a resolver si tal recurso puede interponerse o no contra la adjudicación provisional. A tal respecto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser fijado tomando en consideración los principios que inspiran la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En este sentido queda de manifiesto por el propio contenido de la reforma que, tal como se ha indicado en los antecedentes de este informe, una de las cuestiones a resolver por ella se refiere a la posibilidad o no de recurrir por la vía del recurso especial los actos administrativos que puedan derivar de los trámites a cumplimentar entre ambas adjudicaciones. Se trata en particular de las*

*incidencias que desde el punto de vista jurídico, surjan en relación con la presentación durante el período que transcurre entre ellas de los diferentes documentos a que se refería el párrafo segundo del artículo 135.4 de la Ley en su redacción anterior. Precisamente para dar solución a la posibilidad de que también dichos actos fueran susceptibles de recurso especial, exigencia que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, la reforma suprime la dualidad de adjudicaciones manteniendo una sola, antes de la cual deben aportarse por el futuro adjudicatario la totalidad de los documentos. Puesto que dicha única adjudicación es uno de los actos recurribles a través del nuevo recurso especial, es evidente que las incidencias relacionadas con la presentación de tales documentos ya pueden ser motivo para la interposición del recurso, recogiendo con ello lo que expresamente advirtió la Comisión Europea en dictamen motivado dirigido al Reino de España. Pues bien, el equivalente a esta adjudicación en el sistema hasta ahora vigente es sin duda la adjudicación definitiva pues es la que se acuerda una vez concluida la totalidad de los trámites que componen el procedimiento. Consiguientemente, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de ellos se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite. El acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva. Y ello, porque sólo de esta forma es posible cumplir con la exigencia derivada de la sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto antes citado, cuya doctrina es recogida expresamente en la Directiva 2007/66/CE, en el sentido de que entre la adjudicación del contrato y su celebración debe transcurrir un periodo de suspensión de sus efectos que permita la posibilidad de interponer el recurso especial y durante el cual, por tanto, no se produzcan actos administrativos que pudieran ser también recurridos. Esta es la razón última que ha llevado al legislador a suprimir una de las dos adjudicaciones y a establecer que el contrato se perfeccione mediante su formalización'. Sentando como conclusión de todo ello que 'contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no cabrá la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público salvo el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite'.*

*Esta doctrina es plenamente asumida en sus argumentaciones y en su conclusión por este Tribunal. Como consecuencia de ello debe entenderse que contra la adjudicación provisional sólo puede aceptarse la posibilidad de interponer recurso cuando pueda considerarse incluida en alguno de los supuestos en que, con arreglo al artículo 310.2, letra b) de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe interponer recurso contra los actos de trámite”.*

Así las cosas, no procede la admisión de recurso especial contra un acto de adjudicación provisional acordado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto (como claramente es el caso, y como se indicó expresamente en el pie de recurso de la resolución recurrida), sin que el Tribunal aprecie que concurran las circunstancias que permiten considerar tal adjudicación provisional como acto de trámite cualificado, a los efectos del artículo 40.2.b) del TRLCSP (artículo 310.2 de la LCSP), según el cual *“podrán ser objeto de recurso los siguientes actos: ...b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*. A este respecto, es criterio general del Tribunal (por todas, Resolución 30/2010 antes citada), el que sostiene que:

*“Tales supuestos se refieren a los actos que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Es evidente que en el caso objeto del presente recurso, la adjudicación provisional, una vez hecha, no podría subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores pues ni decide sobre la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva), ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación.”*

La circunstancia de que la recurrente haya venido prestando el servicio hasta la fecha como consecuencia de la anterior adjudicación, anulada judicialmente, no implica la existencia de un perjuicio irreparable para dicha empresa derivado de la nueva



adjudicación provisional, pues las inversiones efectuadas siempre podrán ser resarcidas y los cánones concesionales correspondientes siempre podrán ser devueltos a la recurrente.

En cuanto a los eventuales perjuicios para el interés público invocados por la recurrente (derivados de las demoras a la espera de una adjudicación definitiva), el Tribunal considera que, precisamente razones de interés público impiden admitir recurso especial contra un acto (la adjudicación provisional) que es fruto de una dualidad no amparada por la Directiva 2007/66/CE ni por la jurisprudencia comunitaria.

Los argumentos anteriores llevan necesariamente a la conclusión de que debe inadmitirse el presente recurso, sin perjuicio de que, una vez acordada la adjudicación definitiva, pueda interponerse contra la misma recurso especial, si se estimara que concurren motivos para ello. A este respecto el Tribunal, considerando las aludidas razones de interés público y el efecto suspensivo automático que conlleva toda impugnación de la adjudicación, ha de advertir que no procede volver a plantear en sede de recurso cuestiones que ya han sido examinadas, resueltas y confirmadas judicialmente, como ocurre con buena parte de los motivos que la recurrente articula en el presente recurso especial (relevancia de la inclusión de los costes asociados en el Sobre B); carácter obligatorio de los Pliegos y de la cláusula 40 del PCAP en particular, que exige incluir en el Sobre B) de la oferta técnica los costes asociados; procedencia de rechazar o penalizar las ofertas que no incluyeron en el sobre B) los referidos costes asociados).

Efectivamente, las sentencias a las que se ha hecho referencia abordan expresamente los efectos de la falta de inclusión en el Sobre B de los costes asociados, y anulan la decisión de la Mesa de otorgar 0 puntos a las ofertas que se encontraban en esa situación, por considerar que el conocimiento de los referidos costes asociados (que debían constar también en el Sobre C) no era imprescindible para efectuar la valoración técnica, como declaró el técnico que realizó el primer informe de valoración de 8 de noviembre de 2010. Así, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Cáceres de 24 de mayo de 2013, confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 18 de febrero de 2014, afirma lo siguiente: *“de la literalidad del pliego no resulta que la consecuencia de la*

*no inclusión de costes asociados (en el Sobre B) fuese conceder cero puntos (...). Si para hacer la valoración técnica no era indispensable disponer de esos costes, la decisión de no otorgar puntuación a las licitadoras que no los habían explicitado en el sobre B fue excesivamente rigorista, máxime teniendo en cuenta que esos costes sí se aportaron en el sobre C, y que los facilitados por la codemandada ACCIONA en el sobre B eran muy generales (...) pues la discusión no se centra en la conveniencia o no, para poder elegir la oferta más ventajosa, de esos costes asociados (es clara su importancia, como lo evidencia que los mismos debían reflejarse en el Plan Económico- Financiero a aportar en el Sobre C), sino si el conocimiento de esos costes devenía imprescindible para poder emitir un juicio de valor sobre las propuestas presentadas. Así centrado el debate, hemos de convenir con la recurrente que la bondad técnica de las propuestas resultaba de sus características y no de su coste".* Por ello anuló la primera adjudicación, basada en la reducción de las puntuaciones de las ofertas cuyos Sobres B) no recogieron los costes asociados, y ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la decisión de la Mesa de otorgar 0 puntos a las ofertas que no especificaron tales costes asociados en el Sobre B) de sus propuestas.

Este Tribunal no puede revisar por vía de recurso especial pronunciamientos judiciales emitidos por los órganos jurisdiccionales competentes, contra cuyas sentencias podrán accionar los interesados los cauces procedimentales correspondientes, entre los que no se incluye el recurso especial en materia de contratación del TRLCSP. Lo que, en aras del interés público y del principio de economía procedimental, se ha de recordar a la recurrente para su toma en consideración, en caso de interposición de nuevo recurso especial contra la adjudicación definitiva.

Por todo lo anterior,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por D. D.S.P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A. y D<sup>a</sup>. M.O.C.H. y D. I.L.L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., contra la resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 23 de septiembre de 2014, por la que se acordó la adjudicación provisional del contrato de "Gestión del servicio integral del agua en la ciudad de Cáceres"

**Segundo.** Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.