

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 16 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de TALHER, S.A., contra la adjudicación del contrato “Proyecto y obras de conexión de diversos parques y áreas verdes municipales a la red de distribución de agua regenerada”, número de expediente: 49/2015, tramitado por Canal de Isabel II Gestión, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13 y 14 de mayo de 2015, se publica, respectivamente en el BOCM, el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y la página web de Canal de Isabel II Gestión, la convocatoria pública para la adjudicación, por procedimiento abierto no armonizado, del contrato de obras, “Proyecto y obras de conexión de diversos parques y áreas verdes municipales a la red de distribución de agua regenerada”, a adjudicar a la proposición económica con precio más bajo y con un valor estimado de 1.770.000 euros.

Segundo.- Tras la tramitación oportuna, con fecha 29 de octubre de 2015, el Presidente de Canal de Isabel II Gestión, S.A., adjudica el contrato a la UTE

Ingeniería y Diseños Técnicos, S.A.U. - Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. -
Ingenia Soluciones para la Ingeniería, S.L.U.

La adjudicación fue notificada a los licitadores el 20 de noviembre y publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid en esa misma fecha.

Tercero.- Contra la resolución de adjudicación, la empresa TALHER, S.A., interpone recurso especial ante el Tribunal el día 9 de diciembre de 2015.

El Tribunal requirió a Canal de Isabel II Gestión, S.A., la remisión del expediente de contratación, junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, que lo efectuó con fecha 15 de diciembre de 2015.

La recurrente aduce que la adjudicataria debió ser excluida del procedimiento al no haber subsanado la solvencia técnica requerida en el Pliego.

Por su parte el órgano de contratación, en su informe, considera que el acto no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, por no alcanzar el valor del contrato (1.770.000 euros) el umbral establecido por el artículo 16 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que en el caso de contrato de obras es de 5.186.000 euros.

Por otro lado, alegan que en virtud de lo dispuesto en las Disposiciones adicionales cuarta de la LCSE y octava del TRLCSP, el contrato objeto del recurso está sujeto al TRLCSP, sin que le sean aplicables, en ningún caso, las normas que en éste se establecen para los contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que al no estar incluido en las categorías de contratos recogidos en el apartado 1 del artículo 40 del TRLCSP, no cabe interponer contra el mismo el recurso especial regulado en dicha Ley. En cuanto al fondo del asunto considera conforme a Derecho el acuerdo de adjudicación por considerar que la UTE adjudicataria ha acreditado la solvencia exigida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- TALHER, S.A., califica su escrito como “Recurso especial en materia de contratación”. En primer lugar es preciso examinar la cuestión planteada por el órgano de contratación en relación a la competencia de este Tribunal para conocer del recurso.

Canal de Isabel II Gestión es una entidad sujeta a la LCSE que a tenor de la Disposición adicional segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3.1, cuando realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 7, fundamentalmente 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 o el suministro de agua potable a dichas redes.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, el PCAP señala que *“El presente Contrato tiene carácter privado. El Contrato está sujeto a las normas aplicables imperativamente a los contratos no sujetos a regulación armonizada del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de obligado cumplimiento para las sociedades mercantiles previstas en el artículo 3.1 d) del TRLCSP, que tienen la consideración de poderes adjudicadores de conformidad con el artículo 3.3 b) del mismo, así como a las Normas de Contratación de Canal de Isabel II Gestión, S.A. y en su defecto al derecho privado.*

El orden jurisdiccional civil, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 del TRLCSP será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción del Contrato. Las partes, con renuncia expresa a cualquier fuero que pudiera corresponderles, se someten expresamente para la resolución de dichas controversias a la competencia de los juzgados y tribunales de Madrid capital”.

Dado que Canal de Isabel II Gestión, S.A., tiene la consideración de entidad contratante a efectos del artículo 3 de la LCSE y que el objeto del contrato debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley de acuerdo con el artículo 7 de la misma, ésta resulta, en principio, aplicable al procedimiento de contratación.

No obstante según el artículo 16 LCSE: *“La presente Ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites: b) 5.186.000 euros en los contratos de obras”.*

Es decir, la exclusión del campo de aplicación de la LCSE se produce en estos casos, no porque se celebren para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la misma, sino por ser su valor estimado inferior al indicado en el artículo 16.

Por tanto, resultando que el contrato examinado no alcanza el umbral de 5.186.000 euros establecido en el citado artículo 16, para la aplicación de la LCSE a los contratos de obras, resulta de aplicación la disposición adicional cuarta de la LCSE que establece que *“Los organismos de derecho público a que hace referencia el artículo 3, apartado 2, letra a), las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local y las sociedades mercantiles de carácter público sometidas a esta Ley aplicarán, respecto de los contratos de obras, suministro y servicios que se refieran a las actividades indicadas en los artículos 7 a 12 cuyo importe sea inferior al establecido en el artículo 16, así como en aquellos otros excluidos de la presente Ley en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 18, las normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público”.*

Por otra parte el apartado 2 de la Disposición adicional octava del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto

Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF) establece: *“2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se registrará por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se registrarán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.*

La justificación de la disposición viene dada por el régimen especial aplicable a los contratos regulados en la LCSE frente a los regulados en el TRLCSF explicado en la exposición de motivos de ésta: *“Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (...)”.*

Si los contratos que se celebren para la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE cuya cuantía sea igual o superior a los límites establecidos en el artículo 16 de la misma quedan sujetos al régimen de la misma, es decir, a un régimen más flexible o menos rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE, cuya transposición se ha realizado al TRLCSF para los contratos sujetos a regulación armonizada, lo coherente y lógico es entender que los contratos que se celebren para la realización de esas mismas actividades pero que

no alcancen los límites cuantitativos del artículo 16, que parecen de menor entidad o trascendencia, queden sometidos no al régimen rígido que establece el TRLCSP, sino al régimen más flexible que establece el TRLCSP para los no sujetos a regulación armonizada que es lo que hace la disposición adicional octava anteriormente citada. Sería un contrasentido que los contratos de cuantía inferior que se celebren en los sectores regulados en la LCSE se sometiesen a un régimen rígido y riguroso (regulación armonizada) cuando los contratos que se celebren en los mismos sectores de cuantía superior quedan sometidos al régimen más flexible que establece la LCSE.

No siendo de aplicación la LCSE a este caso, dado que el valor estimado (1.770.000 euros) no supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma y resultando de aplicación el TRLCSP, excepto las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, queda por determinar si resulta aplicable el artículo 40 y siguientes relativos al recurso especial en materia de contratación.

El artículo 40.1 del TRLCSP dispone 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:*

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.”

A la vista de este artículo cabe concluir que el recurso especial es aplicable únicamente a los contratos de obras sujetos a regulación armonizada y no siendo éste el caso, por el juego de las Disposiciones Adicionales mencionadas, el acto no es susceptible de recurso y por tanto debería inadmitirse.

Finalmente, cabe recordar que el contrato objeto del presente recurso tiene el carácter de contrato privado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del TRLCSP, sujeto en cuanto a su preparación y adjudicación a dicha norma y sus disposiciones de desarrollo. De acuerdo con su artículo 21.2, el orden jurisdiccional civil será el competente para conocer cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. Como consecuencia, los contratos privados no sujetos a regulación armonizada celebrados por entes que no tengan el carácter de Administración Pública son susceptibles de recurso en dicha jurisdicción y dado que contra las resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación solo es posible interponer recurso contencioso-administrativo sería contradictorio que resuelva con carácter previo uno de éstos órganos sobre cuya resolución, en caso de ser recurrida conocería la jurisdicción contenciosa y no la civil.

En consecuencia, cabe concluir que este Tribunal no ostenta competencia para la resolución del mismo y procede su inadmisión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de TALHER, S.A., contra la adjudicación del contrato “Proyecto y obras de conexión de diversos parques y áreas verdes municipales a la red de

distribución de agua regenerada”, número de expediente: 49/2015 tramitado por Canal de Isabel II Gestión, S.A.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.