

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

En Madrid, a 21 de enero de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don I.M.G., en nombre y representación de la U.T.E. ATJ Consultores, S.L.U. y Urbaconsult, S.A., contra el Acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de “Servicios de asistencia técnica y coordinación de seguridad y salud para la supervisión y control del desarrollo de las obras del proyecto CR-023-14-CY aducción a Hoyo de Manzanares”, número de expediente: 199/2014, tramitado por Canal de Isabel II Gestión, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con fecha 14 de noviembre de 2014, fue publicado el anuncio para la contratación de los “Servicios de asistencia técnica y coordinación de seguridad y salud para la supervisión y control del desarrollo de las obras del proyecto CR-023-14-CY aducción a Hoyo de Manzanares”, a adjudicar mediante procedimiento abierto y criterio único el precio más bajo. El valor estimado del contrato asciende a 315.500

euros. Asimismo el contrato se anunció en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 14 de noviembre.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 5 de su Anexo 2, establece los criterios de solvencia técnica para ser admitido a la licitación.

Tercero.- Con fecha 12 de diciembre de 2014, se requiere a la UTE recurrente la subsanación de la solvencia técnica.

El 16 de diciembre se aporta por la UTE recurrente un certificado del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en el que consta que la empresa Hipsitec, S.A. es adjudicataria de la asistencia técnica para la dirección de obras de abastecimiento y saneamiento en la provincia de Asturias cuyos datos relaciona.

El 23 de diciembre de 2014 la Mesa de contratación acuerda la exclusión de las empresas de la UTE recurrente. Previa petición, el 8 de enero de 2015 se notifica los motivos de exclusión de la UTE.

Cuarto.- Previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (TRLCSP), de fecha 12 de enero, las empresas del compromiso de U.T.E. ATJ Consultores, S.L.U. y Urbiconsult, S.A., interponen recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal el día 15 de enero de 2015, que el mismo día lo remitió a Canal de Isabel II Gestión.

La recurrente aduce desacuerdo con los motivos de exclusión por no acreditar el nivel de solvencia técnica.

Canal de Isabel II Gestión, S.A. en el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP señala que el acto objeto de recurso no es susceptible de recurso especial en materia de contratación al referirse a un contrato no sujeto a regulación armonizada sujeto al TRLCSP en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava de dicho texto legal y en la Disposición Adicional cuarta de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- En primer lugar es preciso examinar la cuestión planteada por el órgano de contratación en relación a la competencia de este Tribunal para conocer y resolver el mismo.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 3 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 (LCSE) se entenderán como entidades contratantes con carácter enunciativo y no limitativo las que se relacionan en la disposición adicional segunda de dicha Ley. Entre ellas aparece Canal de Isabel II de la cual Canal de Isabel II Gestión SA ha asumido la gestión de la materia relativa a la gestión del ciclo del agua. La Sociedad tiene por objeto la realización de actividades relacionadas con el abastecimiento de aguas, saneamiento, servicios hidráulicos y obras hidráulicas, de conformidad con la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, Reguladora del Abastecimiento y Saneamiento de Agua en la Comunidad de Madrid, y la restante normativa aplicable. Según el artículo 1 de dicha Ley el abastecimiento incluye los servicios de aducción y de distribución, comprendiendo el primero las funciones de captación y alumbramiento, embalse, conducciones por arterias o tuberías primarias, tratamiento y depósito.

Dado que Canal de Isabel II Gestión, SA tiene la consideración de entidad contratante a efectos del artículo 3 de la LCSE y que el objeto del contrato (servicios relacionados con obras de aducción) 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:
a) 414.000 euros en los contratos de suministro y servicios”.*

Es decir, la exclusión de estos contratos del campo de aplicación de la LCSE se produce, 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 importe inferior al indicado en el artículo 16.

Por tanto, resultando que el contrato examinado no alcanza el umbral de 400.000 euros establecido en el citado artículo 16 para la aplicación de la LCSE a los contratos de servicios, es de aplicación la disposición adicional cuarta de la misma 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 (TRLCSPP) 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 regirá 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 regirán 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 TRLCSP 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 TRLCSP 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 (315.500 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.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y

(...)”.

De lo anterior podría concluirse que a los contratos de servicios de los sujetos incluidos en la LCSE cuya actividad esté incluida en dicha Ley y resulten excluidos de la aplicación de la misma por razón de la cuantía, les resulta de aplicación el TRLCSP, excepto las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no les resulta aplicable el apartado a) del artículo 40.1.

En el mismo sentido cabe argumentar que la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 8/665 y 92/13, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, de la cual trae causa el recurso especial en materia de contratación va dirigida a los contratos sujetos a regulación armonizada.

El asunto que nos ocupa se trata de un contrato de servicios, encuadrable en la categoría 12 del Anexo II del TRLCSP y por tanto sujeto a regulación armonizada, en cuyo caso, en virtud del artículo 40.1.a) del TRLCSP sería susceptible de recurso especial. No obstante, la disposición adicional octava del mismo texto declara no aplicables las normas relativas a la regulación armonizada a los contratos cuya actividad esté incluida en la LCSE pero no alcancen el umbral de 414.000 euros establecida en su artículo 16, por lo que tampoco sería aplicable la posibilidad de recurso recogida en el apartado a) del artículo 40.1 del TRLCSP.

Finalmente, cabe recordar que el contrato objeto del presente recurso tiene el carácter de contrato privado tal como declara la cláusula 1 del PCAP que rige el contrato y, 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 el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 89/2013 de 26 de junio. En consecuencia cabe concluir que este Tribunal no ostenta competencia para la resolución del mismo y procede su inadmisión.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 4.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 especial en materia de contratación formulado por don I.M.G., en nombre y representación de la U.T.E. ATJ Consultores, S.L.U. y Urbaconsult, S.A., contra el Acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de “Servicios de asistencia técnica y coordinación de seguridad y salud para la supervisión y control del desarrollo de las obras del proyecto CR-023-14-CY aducción a Hoyo de Manzanares”, número de expediente: 199/2014, 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 TRLCSP.