

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

En Madrid, a 18 de diciembre de 2013.

VISTO el escrito calificado como recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de RENTDIAMA S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) del contrato, de “Ejecución de trabajos completos y auxiliares para gestión de las actuaciones urgentes y de mantenimiento en las redes de abastecimiento, agua regenerada y saneamiento de la zona norte (lote 1), centro (lote 2) y sur (lote 3)”, convocado por la empresa pública Canal Gestión Lanzarote SAU, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Canal Gestión Lanzarote S.A.U. es una empresa pública del Grupo Canal de Isabel II, cuyo único socio es Canal de Isabel II Gestión S.L., y tiene la naturaleza de poder adjudicador a los efectos del artículo 3.1 de Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La convocatoria de la licitación se publicó el 21 de noviembre de 2013 en el BOCM para su adjudicación mediante procedimiento abierto, no armonizado y criterio precio, dividido en tres lotes, con un importe máximo estimado de 2.971.100,00 euros, incluidas prórrogas. Igualmente se publicó en el perfil de contratante el día 22 de noviembre.

Segundo.- La licitación se ha llevado a cabo siguiendo los trámites previstos en 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 (en lo sucesivo LSE).

Tercero.- El Pliego de Cláusulas Administrativas corresponde a un contrato de obras, en su cláusula 2 define que el objeto del contrato consiste en la ejecución de las obras que describe en el apartado 1 de su Anexo I, según el Pliego de Prescripciones Técnicas, y especifica que para este procedimiento el documento de proyecto de obras queda sustituido a todos los efectos por el Pliego de Prescripciones Técnicas. La cláusula 3 del PCAP dispone que la ejecución de la obra está amparada por la correspondiente partida presupuestaria, en la cláusula 19 y siguientes sobre ejecución del contrato regula los trámites relativos a la ejecución de un contrato de obras, tales como la comprobación del replanteo, la dirección de las obras, las penalizaciones por obras defectuosas, modificación de las obras, suspensión y en las cláusulas 31 y 32 la forma de abono, mediciones, etc.

El Anexo I define los siguientes trabajos que comprende el contrato: Gestión de avisos y reparaciones, ejecución de obras urgentes, realización de trabajos programados, trabajos auxiliares de apoyo a la ejecución y finalización de actuaciones/obras realizadas por personal y fabricación e instalación de piezas y calderería y cerrajería.

Para acreditar la solvencia exige clasificación en los grupos, subgrupos y

categorías siguientes: A1d, el grupo A corresponde a contratos de obras “*Movimiento de tierras y perforaciones*”: subgrupo 1: obras desmontes y vaciados. Grupo C “*Edificaciones*” y C2d, C6d, C7d, corresponden respectivamente a obras de: Estructuras de fábrica u hormigón, pavimentos solados y alicatados y aislamientos e impermeabilizaciones. Grupo E obras “*Hidráulicas*”: E1e, E7e correspondientes a obras de abastecimientos, saneamientos y obras hidráulicas sin cualificación específica. Grupo G “*Viales y pistas*”: G4 correspondiente a obras con firmes de mezclas bituminosas. La Categoría d), en contratos de obras, corresponde a aquellos cuya anualidad media exceda de 360.000 euros y no sobrepase los 840.000 euros.

El PPT en su apartado 3 “*Trabajos a Realizar*” dispone que en el ámbito de las redes de abastecimiento, agua regenerada y saneamiento la gestión de la actividad se concreta en las siguientes funciones:

- *Realización de inspección urgente de aviso de incidencia. (Normalmente la realizará personal de CGL).*
- *Reparación de la incidencia detectada, en función de las indicaciones recibidas del responsable de CGL.*
- *Ejecución de desatracos urgentes y programados en red de saneamiento.*
- *Realización de campañas programadas de limpieza e inspección en red de saneamiento.*
- *Ejecución completa o de apoyo en la ejecución de obras de urgencia.*
- *Ejecución completa o de apoyo en renovaciones de redes de abastecimiento, agua regenerada y/o saneamiento.*
- *Se deberán atender las necesidades de maquinaria de transporte, movimiento de tierras y excavación, que en cada momento le sean requeridos por parte del responsable de CGI.*
- *Cumplimiento de la figura del retén de apoyo de personal y maquinaria.*

- *Ejecutar la obra civil y/o albañilería, necesaria para el correcto funcionamiento de los elementos en las instalaciones de red de abastecimiento, agua regenerada y saneamiento.*
- *Ejecutar la recogida y el transporte al gestor homologado de los residuos de construcción y demolición generados en las obras y actuaciones.*
- *Ejecutar los trabajos de tapado con tierras nuevas, compactado y hormigonado previo a pavimentación.*
- *Reposiciones de pavimento en acera y calzada.*
- *Fabricación y suministro de elementos metálicos de cerrajería y piezas especiales, en función de los requerimientos de CGI.*
- *Fabricación, suministro y reparación de elementos de calderería y piezas especiales, en función de los requerimientos de CGI.*
- *Impermeabilización y reparación de parámetros verticales en instalaciones de abastecimiento, agua regenerada y saneamiento.*
- *Reparación y rehabilitación de firmes degradados, caminos de servicio, habilitación de cunetas y otros elementos de drenaje de firmes.*
- *Ejecución de acometidas, tanto de agua potable, como de agua regenerada o saneamiento (agua residual).*
- *Ejecución de todo tipo de trabajos y obras en general que tengan relación con el ciclo integral del agua”.*

Y añade que estas actividades comprenden también otras que se deriven como consecuencia de la actividad directa de las ya recogidas en este documento.

Cuarto.- El día 21 de noviembre de 2013, se presentó ante el órgano de contratación el escrito que el recurrente califica como recurso especial, interpuesto por Don O.R.S. en representación de la empresa RENDTDIAMA S.L. contra la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato y el Anexo I del mismo, por considerar que se ha calificado como contrato de obras y se trata de un contrato de servicios, ya que su objeto no se refiere a ninguno de los trabajos

enumerados en el Anexo I del TRLCSP sino que tiene por objeto servicios del Anexo II del citado texto. Calificando este contrato como lo que no es, es decir, como un contrato de obra, se ha pretendido eludir la normativa relativa a los contratos sometidos a una regulación armonizada, dado que se trata de un contrato de servicios, sometido a una regulación armonizada.

Alude a un contrato formalizado el 23 de Mayo de 2.013, entre el Consorcio de Aguas de Lanzarote y la entidad Canal de Isabel II Gestión S.A., denominado *“Contrato de Gestión de Servicio Público Concesión de los Servicios de Abastecimiento de Agua, Saneamiento y Reutilización de las Islas de Lanzarote y La Graciosa”*, cuyo objeto, según la cláusula segunda del mismo, era *“la gestión de los Servicios de abastecimiento de Agua, Saneamiento (alcantarillado y depuración) y, Reutilización de las islas de Lanzarote y La Graciosa, mediante gestión indirecta y en régimen de concesión, así como la ejecución de las obras que se prevén en el Plan de Intervenciones que se detallan en la oferta del adjudicatario”* y cuyo régimen legal venía establecido en la cláusula primera de dicho contrato, que disponía que la formalización del contrato se realizaba al amparo de lo dispuesto en el art. 111 del TRLCSP y que en la cláusula segunda se hacía constar que la mercantil Canal Isabel II Gestión S.A. cedía ese contrato a Canal Gestión Lanzarote S.A.U.

Alega que al calificar el contrato como de obras se sustrae el conocimiento de las controversias que puedan generarse en cuanto a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de este contrato, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; a la que al menos, debería corresponder el conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los mismos, al tratarse de un contrato privado sometido a regulación armonizada.

Considera que se excluye totalmente de la aplicación del TRLCSP, en lo relativo a los contratos sometidos a una regulación armonizada, por lo que indebida y arbitrariamente, impide interponer el recurso especial y las consecuencias que del

mismo se derivan, así como le permite eludir las normas de publicidad, que para facilitar la igualdad y la libre concurrencia, rigen para los contratos sometidos a una regulación armonizada.

Reproduce seguidamente el Anexo del PCAP sobre características del contrato y la descripción de los trabajos establecido en el PPT que considera son ilustrativos del tipo de contrato.

Solicita la nulidad de los Pliegos por contener cláusulas que se refieren a un contrato de obras, al ser ajenas a un contrato de servicios, que considera son contrarias a los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores por la clasificación que exigen y dividir en lotes el contrato sin estar justificada.

Quinto.- El licitador recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 104.1 y 3 de la LSE al haber presentado ante el órgano de contratación el anuncio previo de interposición del recurso, el día 21 de noviembre de 2013 y el mismo día el recurso ante el citado órgano.

Sexto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el recurso con el expediente y el informe preceptivo que se recibieron el día 29 de noviembre.

El informe del órgano de contratación expone la naturaleza jurídica de Canal Gestión Lanzarote SAU como empresa pública cuyo sector de actividad, la gestión del ciclo integral del agua, queda encuadrado en el marco 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 y que a tenor del apartado 2 b) del artículo 3, tiene la consideración de entidad contratante, quedando sujeta a la citada Ley, siempre que realice alguna de las actividades a que se refiere su artículo 7 y que el importe del contrato sea igual o superior a los umbrales establecidos en su

artículo 16. Añade que el contrato de referencia es un contrato de obras con un presupuesto máximo de licitación para los tres lotes que asciende a 2.971.100 euros en consecuencia, al ser un contrato de obras enmarcado dentro de la actividad del agua pero con un presupuesto inferior a los umbrales económicos establecidos en el citado artículo 16, está excluido del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007.

Respecto de los contratos excluidos del ámbito de la Ley 31/2007, cita lo establecido en la Disposición adicional cuarta de dicha ley, que trata del *“Régimen aplicable a los contratos excluidos del ámbito de esta ley que se celebren por organismos de derecho público, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de carácter público”*, y donde dispone que en los contratos que se refieran a actividades de los artículos 7 a 14 cuyo importe sea inferior a lo establecido en el artículo 16 o excluidos en virtud de los artículos 14 y 18 se aplicaran las normas pertinentes de TRLCSP.

Concluye que en consecuencia, al ser un contrato privado de obras no incluido dentro del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 y no sujeto a regulación armonizada, los pliegos de su procedimiento de licitación no son susceptibles de recurso especial en materia de Contratación.

Séptimo.- Con fecha 4 de diciembre el Tribunal acordó denegar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, durante el plazo de presentación de ofertas debiendo procederse a su suspensión con anterioridad a la apertura de las ofertas económicas de conformidad con lo previsto en el artículo 103.2 de la LSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Canal Gestión Lanzarote S.A.U. es una empresa pública del Grupo Canal de Isabel II, cuyo único socio es Canal de Isabel II Gestión S.L., que a tenor de la Disposición adicional segunda de la Ley 31 /2007, de 30 de octubre, sobre

procedimiento de contratación en los sectores del agua la energía, los transportes y los servicios postales (LSE), tiene la consideración de entidad contratante del sector de la producción, transporte o distribución de agua potable, como empresa pública dependiente de la Comunidad Autónoma de Madrid y sujeta a esta Ley cuando se trate de las actividades a que se refiere su artículo 7 y en las cuantías que establece el artículo 16.

Segundo.- El contrato tiene por objeto la ejecución de trabajos completos y auxiliares para gestión de las actuaciones urgentes y de mantenimiento en las redes de abastecimiento, agua regenerada y saneamiento por lo que su objeto se refiere al ejercicio de las actividades referidas en el artículo 7 a) y b) de la LSE.

Tercero.- El escrito presentado se dirige a la impugnación de los Pliegos de un contrato calificado de obras cuyas prestaciones se relacionan en el antecedente de los hechos tercero, convocado por una empresa pública del sector del agua, y respecto de un contrato con un valor estimado de 2.971.100,00 euros.

El motivo de la impugnación reside en que la recurrente considera que este contrato no es de obras sino de servicios sujeto a regulación armonizada y susceptible de recurso especial.

Sobre el tipo de este contrato en su primera alegación, se fundamenta en la naturaleza del contrato formalizado el 23 de Mayo de 2013, entre el Consorcio de Aguas de Lanzarote y la entidad Canal de Isabel II Gestión S.A., y que esta cede a Canal Gestión, Lanzarote S.A.U. Sobre esta alegación hay que precisar que este contrato que cita, no puede identificarse con el que es objeto del recurso ya que su objeto no es el definido por la recurrente y que corresponde al formalizado con el Consorcio de Aguas, sino que es el definido en el cláusula 2 del PCAP de las obras que describe el apartado 1 de su Anexo I, y los trabajos a realizar según el apartado

3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que se reproduce en el antecedente tercero de los hechos.

Por ello el Tribunal considera que no pueden identificarse ambos contratos ni su objeto es el mismo.

En cuanto al tipo de contrato en que ha sido calificado por el órgano de contratación, analizados los Pliegos se aprecia que las prestaciones incluidas en su objeto, que se relacionan a continuación, corresponden a un contrato de obras, como son las de tapado con tierras nuevas, compactado y hormigonado previo a pavimentación, reposiciones de pavimento en acera y calzada, reparación y rehabilitación de firmes degradados, caminos de servicio, habilitación de cunetas y otros elementos de drenaje de firmes, ejecución de acometidas, tanto de agua potable, como de agua regenerada o saneamiento (agua residual), ejecución completa o de apoyo en la ejecución de obras de urgencia, ejecución completa o de apoyo en renovaciones de redes de abastecimiento, agua regenerada y/o saneamiento y ejecución de todo tipo de trabajos y obras en general que tengan relación con el ciclo integral del agua.

En el objeto del contrato, sin embargo, existen otras prestaciones que pueden corresponder a contratos de servicios como la *“realización de inspección urgente y reparación de la incidencia Ejecución de desatracos urgentes y programados en red de saneamiento y realización de campañas programadas”* o correspondientes a contratos de suministros como la *“fabricación y suministro de elementos metálicos de cerrajería y piezas especiales”* pero su relevancia en este contrato no es apreciable como para determinar otra calificación que no sea como un contrato de obras.

El Anexo I de la LSE recoge la lista de actividades contempladas en la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley denominado *“contratos de obras”* y los

define como *“aquellos contratos cuyo objeto sea bien la ejecución de una obra o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a actividades del anexo I o bien la realización por cualquier medio de una obra que responda a necesidades especificadas por la entidad contratante. Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de actividades de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismas una función económica o técnica”*.

Considerando el contenido de los Pliegos y las prestaciones objeto del contrato resulta que este se encuentra tipificado correctamente.

El artículo 16 de la LSE dispone que ésta se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el IVA, sea igual o superior a 5.000.000 euros para contratos de obras. En este caso el presupuesto máximo estimado del contrato es inferior a 5.000.000 euros por lo que hay que concluir que se trata de un contrato excluido de la LSE, por su cuantía, por lo que no cabe la interposición de reclamación.

La Disposición adicional cuarta de dicha ley, que trata del *“Régimen aplicable a los contratos excluidos del ámbito de esta ley que se celebren por organismos de derecho público, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de carácter público”*, dispone que en los contratos que se refieran actividades de los artículos 7 a 14 cuyo importe sea inferior a lo establecido en el artículo 16 o excluidos en virtud de los artículos 14 y 18 se aplicaran las normas pertinentes de TRLCSP.

En este caso, en virtud de lo que establece la Disposición adicional octava del TRLCSP, a los contratos excluidos de la aplicación de la LSE, celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, resulta de aplicación el TRLCSP, sin que les sean

aplicables, en ningún caso, las normas que en este se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Cuarto.- El artículo 40.1 del TRLCSP, dispone que en los contratos de obras, solo es posible formular el recurso especial en materia de contratación cuando se encuentran sujetos a regulación armonizada. Según lo dispuesto en su artículo 14, tienen tal carácter los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 euros. En el contrato objeto de análisis el presupuesto máximo estimado incluidas prorrogas es inferior a dicha cifra.

De acuerdo con lo anterior, no procede admitir el recurso, al tratarse de un contrato de obras no sujeto a regulación armonizada, no susceptible de recurso especial cuya resolución por tanto no corresponde a este Tribunal.

Quinto.- 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 artículo y 41.3 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 interpuesto RENTDIAMA S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de “Ejecución de trabajos completos y auxiliares para gestión de las actuaciones urgentes y de mantenimiento en las redes de abastecimiento, agua regenerada y saneamiento de la zona norte (lote 1), centro (lote 2) y sur (lote 3)”, convocado por la empresa pública Canal Gestión Lanzarote SAU.

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.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente acordada por el Tribunal el día 4 de diciembre.

Cuarto.- 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 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.