

EXP. 797/08.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO PRESENTADO POR D. SANTIAGO LAFUENTE PÉREZ-LUCAS, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA SA, EN RELACIÓN A LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL DEL CONTRATO PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA SA, EN RELACIÓN A LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL DEL CONTRATO PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA Y SANEAMIENTO EN EL CONCEJO DE GRADO MEDIANTE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Ayuntamiento de Grado se ha seguido la pertinente tramitación para la adjudicación del contrato de gestión del servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento en el Concejo de Grado, del cual cabe destacar lo expuesto en los apartados siguientes.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de junio de 2008, fueron aprobados el expediente de contratación con el Proyecto de Explotación, Estudio Económico Financiero, Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Grado.

El anuncio de licitación fue publicado en el BOPA de 14 de julio de 2008 siendo el plazo de presentación de proposiciones de 30 días naturales desde la publicación del citado anuncio en el BOPA, con lo que finalizó el 13 de agosto.

TERCERO.- La Mesa de Contratación se constituyó el día 18 de agosto de 2008. En esa reunión se analizó la Documentación Administrativa, admitiéndose las empresas presentadas, y la apertura de las Proposiciones Económicas se fijó para el día 25 de agosto de 2008.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Grado solicitó al Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos la designación de un técnico independiente que efectúe la valoración técnica de las ofertas presentadas al concurso de referencia, recayendo en el colegiado nº 8.088, D. Jesús Solís García, el cual ha presentado el pertinente informe de valoración de las ofertas recibidas

QUINTO.- Vista la relación de las empresas presentadas y admitidas, y vistos los criterios de valoración de las ofertas presentes en los Pliegos aprobados por el Pleno del Ayuntamiento, y que de forma resumida son:

CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

- 1.- Oferta económica
- 2.- Evaluación técnica
- 3.- Inversiones propuestas

IMPORTE DE LA OFERTA ECONÓMICA

Se valorará este concepto(Hasta 60 puntos)

Canon inicial de la concesión (Hasta 35 puntos)

Tarifas propuestas (Hasta 20 puntos)
Justificación económica de la oferta (Hasta 5 puntos).

EVALUACIÓN TÉCNICA:

Se valorará este concepto..... (Hasta 20 puntos).

Memoria de la oferta (Hasta 5 puntos)
Medios humanos y materiales (Hasta 5 puntos)
Propuesta detallada del sistema de atención al cliente (Hasta 5 puntos)
Análisis de la problemática del Servicio (Hasta 2,5 puntos)
Criterios de calidad (Hasta 2,5 puntos)

INVERSIONES PROPUESTAS:

Se valorará este concepto..... (Hasta 20 puntos)

Volumen de inversiones (Hasta 10 puntos)
Justificación de las inversiones. (Hasta 5 puntos)
Otras aportaciones y mejoras (Hasta 5 puntos)

Vista la ponderación y justificación de cada uno de los criterios que se recogen en el informe firmado por D. Jesús Solís García, del cual resultan las siguientes puntuaciones, que se resumen y desglosan en el cuadro que se adjunta a la propuesta , y que cuentan con justificación suficiente en el citado informe :

Puntuaciones:

ASTURAGUA	96,02 PUNTOS
VALORIZA AGUA S.L.	89,5 PUNTOS
AQUALIA	88,52 PUNTOS
URBASER	49,66 PUNTOS

En base a lo expuesto y previa propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación y tras el dictamen favorable de la Comisión Informativa, mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Grado de 10 de noviembre de 2.008 se ha procedido a la adjudicación provisional del contrato para gestión del servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento en el Concejo de Grado a favor de la empresa ASTURAGUA S.A. por resultar la más ventajosa en base a lo criterios de adjudicación previstos en los Pliegos, y con un canon oferta de 4 millones de euros.

Puntuaciones:

ASTURAGUA	96,02 PUNTOS
VALORIZA AGUA S.L.	89,5 PUNTOS
AQUALIA	88,52 PUNTOS
URBASER	49,66 PUNTOS

SEXTO.- Una vez notificada la adjudicación a las empresas interesadas y publicado el acuerdo en el BOPA, y dentro del plazo de quince días hábiles se han recibido dos recursos en el Ayuntamiento de Grado :

- El 21 de noviembre de 2.008 con registro de entrada 6.322 se presenta recurso especial en materia de contratación por parte de Don José Sierra Fernández y Don Rafael Estrada Alvarez.
- El 25 de noviembre de 2008 con registro de entrada 6.410 se presenta recurso especial en materia de contratación o subsidiariamente recurso de reposición por parte de Don Santiago Lafuente Pérez – Lucas en nombre y representación de la entidad mercantil AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA S.A.

En base a lo expuesto y en relación al recurso interpuesto por parte de Don Santiago Lafuente Pérez – Lucas en nombre y representación de la entidad mercantil AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA S.A., consta el informe emitido por el Secretario Municipal. De conformidad con el mismo procede efectuar las siguientes consideraciones como fundamentación al acuerdo:

PRIMERA.- En el presente caso, y dado que la entidad recurrente es una de las empresas que se han presentado a la licitación resulta evidente que está plenamente legitimada para la interposición de los recursos que procedan en relación al expediente de contratación, sin que haga falta efectuar consideración adicional alguna.

SEGUNDA.- Una vez analizado el tema de la legitimación, y sin perjuicio de lo expresado sobre la misma, procede hacer unas consideraciones sobre el recurso que se pretende interponer.

Así, el escrito presentado expone que al amparo de lo prevenido en los artículos 37 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, se interpone el recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo del Pleno de 10 de noviembre de 2008 y de forma subsidiaria el recurso de reposición (que le asignan el carácter preceptivo para acudir a la jurisdicción contenciosa por asimilarlo al recurso especial en materia de contratación en los contratos en que el mismo no proceda).

En cuanto a la posibilidad de presentación de un recurso contra las adjudicaciones provisionales, dicha posibilidad se recoge de forma limitada en la Ley de Contratos del Sector Público al regular el recurso especial en materia de contratación en el artículo 37

Ante las condiciones del presente contrato, y dado que no se dan las condiciones previstas en el artículo 37 para los contratos de gestión de servicios públicos (en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años), no procede, por ello, interponer recurso especial en materia de contratación, sin que la Ley deje claro que tipo de recurso se puede interponer. No obstante la redacción del propio artículo 37.1 sobre el recurso especial dispone que “deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios

contra los mismos.”. Es decir que fuera de estos supuestos el régimen de impugnación de los actos en materia de contratación sería el de los recursos generales.

Ello plantea, por tanto la admisión del recurso contra la adjudicación provisional, y de forma independiente al de adjudicación definitiva en el expediente de contratación. al sistema general de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas. El art. 107 del citado texto legal dispone que: « Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley .

En este supuesto el recurso tiene que interponerse contra la resolución que aprueba la adjudicación provisional. Por lo tanto habrá que estar al órgano de contratación el citado acuerdo, para interponer recurso de alzada ante el superior jerárquico o recurso de reposición en función si se agota o no la vía administrativa.

En el caso de la Administración Local, los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

Por tanto en el presente supuesto no procede la admisión del recurso especial en materia de contratación, por no tratarse de ninguno de los supuestos previstos legalmente para interponer el mismo. Cabría eventualmente admitir la interposición del recurso de reposición contra el acuerdo de adjudicación provisional del contrato, dado que la Ley no deja claro si los licitadores deben recurrir contra el mismo o contra el acuerdo de aprobación definitiva en aquellos casos en que no procede el recurso especial en materia de contratación.

TERCERA.- Una vez analizado el tema del recurso que se interpone, Las alegaciones que se plantean por la empresa recurrente se centran en la persona que ha efectuado la valoración de las ofertas en el expediente, y de forma resumida cabe reconducirlas a:

- Que el Ayuntamiento contrato a la empresa CONNING OFICINA TECNICA S.L. INGENIERIA CIVIL, PROYECTO Y TOPOGRAFIA y que había un compromiso de que la misma efectuase la valoración de las ofertas presentadas.

- Que la empresa adjudicataria cuenta entre sus empleados con Don José Antonio Martínez Álvarez, al cual se le atribuye una relación de afinidad con Don Jesús Solís García, el cual es el Ingeniero que efectúa la valoración.
- Que se estima que el Ingeniero contratado pasa a ser personal al servicio de la administración y que le resulta aplicable el artículo 28 de la Ley 30 / 1992.
- Que en función del incumplimiento de lo anterior el acto de adjudicación resulta anulable por desviación de poder.

1.- Siguiendo la relación de alegaciones que se hacen, la primera de las mismas alude a los antecedentes de la empresa en principio contratada para efectuar la redacción de los documentos previos y de la valoración..

Debe entenderse como una decisión municipal la de decidir quien debe efectuar la valoración, una cuestión que se lleva a cabo a propuesta de la Mesa de Contratación y que tuvo como objetivo claro que no existiese duda alguna de que la propuesta se hiciese en base a un informe externo e independiente. La actuación seguida finalmente por el Ayuntamiento, la cual ha sido contratar un técnico independiente a propuesta del Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, al cual se le pidió un profesional independiente sin relación o conexión alguna con las empresas del sector del agua, que no hubiese intervenido previamente en otras valoración de contratos análogos , y que preferiblemente fuese un funcionario para asegurar aun mas su perfil independiente.

La alusión que se hace en el escrito de la recurrente parece dejar caer que es una decisión intencionada que se vincula con las irregularidades que se achacan a continuación. Ningún comentario adicional cabe efectuar al respecto.

2.- También se alude a la relación de afinidad que une al emisor de dicho informe de valoración con directivos de la empresa ASTURAGUA S.A., y en concreto por la conexión con el Ingeniero de Minas D. José Antonio Martínez Álvarez).

El firmante del informe es un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, contratado a efectos de asesorar como técnico independiente al órgano de contratación, y que ha sido nombrado a propuesta del Colegio Oficial en función, precisamente de la inexistencia de conexión alguna con las empresas del sector.

La supuesta relación que se atribuye no se corresponde con lo expuesto en el escrito, por cuanto no hay ningún tipo de relación con significados directivos de la empresa ASTURAGUA. El escrito, ya sea de forma intencionada, o por mero desconocimiento de los hechos, alude a que el firmante del informe debería no haber intervenido por su conexión con la empresa, y en concreto con uno de sus empleados directivos. Por el contrario la realidad se opone frontalmente a lo expuesto, por cuanto en función de la documentación solicitada por la Alcaldía a fin de aclarar los hechos, vemos que el supuesto directivo de la empresa ASTURAGUA S.A. era meramente un Jefe de Distribución asignado a los Servicios de Cangas de Onís y Colunga (su salario no alcanzaba ni los 28.000 euros en el año 2.006), y además consta que el mismo fue despedido con efectos desde el 13 de enero de 2.006 por la comisión de una falta muy grave.

Por ello ni la relación del firmante, ni la conexión con la empresa, ni la existencia de causa de abstención, son elementos que se den en el presente caso, y la mención a la aludida circunstancia no es más que una mera descalificación injustificada al firmante del informe, un funcionario de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico, que actúa en el desempeño de sus funciones precisamente en la valoración de ofertas de expedientes de contratación, en los cuales tienen intervención las empresas que se han presentado a este contrato, sin que en ningún momento se haya determinado que el mismo no pudiese participar en las valoraciones de los contratos, ni por el mismo, ni por sus superiores, ni por las empresas intervinientes, máxime cuando la eventual existencia de un cuñado en un puesto del cariz del apuntado en una empresa no es causa alguna de abstención para el mismo. Es sorprendente, en especial, que el momento apuntado se efectúe por una empresa que pertenece a un grupo empresarial que habitualmente licita y es contratada por la Administración a la que pertenece el firmante del informe, sin que en ningún expediente se haya hecho nunca tacha alguna a dicha circunstancia de su conexión con la empresa ASTURAGUA, ni siquiera durante el tiempo en que el mismo estaba contratado como empleado de la misma.

3.- Como ya se adelantaba en la exposición del punto anterior, no se estima que se de motivo alguno para impedir la actuación del firmante del informe. El escrito presentado estima que desde el momento en que la persona fue contratada se convierte en personal al servicio de la administración, confundiendo lo que son las relaciones de contenido laboral o funcionarial, es decir con ánimo permanente en la actuación de la administración y dados de alta en la seguridad social, con las relaciones contractuales de servicios.

En todo casi ni desde una perspectiva ni desde la otra existe motivo alguno que impidiese la contratación de Don Jesús Solís ni su válida actuación en el expediente. Ninguno de los elementos expuestos conducirían en ningún caso a semejante conclusión., por cuanto ni existe relación entre ASTURAGUA y el técnico contratado, ni existe relación entre los responsables de la empresa, ni la relación que en su momento tuvo una persona como mero jefe de distribución de una zona, sean determinantes de que la persona que firma el informe debió abstenerse intervenir.

Y esta valoración que debe hacer el Ayuntamiento es la misma que se ha hecho hasta a fecha por la Administración del Estado, que tanto durante la vigencia de la relación del técnico con ASTURAGUA, como con posterioridad a la misma, admitió la intervención, que por sus antecedentes ha sido plenamente conforme a derecho, de Don Jesús Solís.

Por lo expuesto se concluye que la emisión del informe por Don Jesús Solís se estima perfectamente ajustada a derecho y carentes de fundamento las imputaciones que sin justificación ni adecuación a la realidad se le hacen.

4.- Como consecuencia de todo lo anterior no cabe sino concluir que no existe motivo de nulidad ni de anulabilidad en el acuerdo adoptado, y que no se da la supuesta desviación de poder que se atribuye.

De conformidad con lo expuesto y considerando que las consideraciones que se efectúan en el recurso se refieren exclusivamente a cuestiones relacionadas con el funcionamiento interno de la administración y con la tramitación del expediente, y

habiéndose informa el asunto favorablemente en la Comisión Informativa del día 5 de diciembre, el Pleno por mayoría absoluta adopta el siguiente ACUERDO:

PRIMERO.- No admitir el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de 10 de noviembre de adjudicación provisional del contrato de gestión del servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento en el Concejo de Grado por cuanto no se considera que se den los presupuestos previstos en la Ley para la admisión del mismo.

En todo caso, y con el mismo contenido se admite a trámite el recurso que se señala con carácter subsidiario, el de reposición contra el acuerdo del Pleno de 10 de noviembre.

SEGUNDO.- En base a las fundamentaciones expuestas se desestima el recurso presentado, por entender que la decisión municipal es plenamente conforme a derecho, sin que se produzca causa alguna de las alegadas para sostener la ilegalidad del acuerdo municipal, no constando causa de nulidad o anulabilidad , incluida en este sentido la desviación de poder, por cuanto tanto la tramitación ha sido correcta, como correcta es la intervención del técnico designado para hacer la valoración, el cual no incurre en impedimento legal alguno para llevar a cabo su función.

TERCERO.- En función de lo anteriormente expuestos y de la resolución del recurso, queda desestimada expresamente la pretensión de suspender la ejecución del acto municipal y el expediente de contratación.