



ACUERDO DE PLENO.

ASUNTO SEGUNDO: RESOLVER EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR FCC AQUALIA S.A, EN EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN Nº 3/2023.

Con fecha 21 de marzo del 2024 la Mesa de Contratación aprueba, entre otros, aprobar y proponer como adjudicataria, del contrato de concesión del servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Fuente del Arco, a la empresa AQUANEX SERVICIO DOMICILIARIO DE AGUA, S.A.

Con fecha 30 de abril del 2024 la empresa FCC AQUALIA, S.A, presenta recurso de reposición contra los acuerdos aprobados en la sesión referenciada en el párrafo anterior.

Como consecuencia de la presentación del recurso, la Mesa de Contratación se reúne, el día 3 de mayo del corriente, para el estudio y análisis del mismo. Como conclusiones emite un informe que se ha elevado a Pleno y cuyo contenido literal es el siguiente:

INFORME DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

ASUNTO:

Informar al órgano de contratación, Expediente 3/2023, en relación al recurso de reposición presentado por FCC AQUALIA S.A., el día 30 de abril del 2024.

ANTECEDENTES:

1.-En la reunión de esta Mesa de Contratación, celebrada el día 21 de marzo del 2024, se acuerda proponer como adjudicataria del contrato de concesión del servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Fuente del Arco a la empresa AQUANEX SERVICIO DOMICILIARIO DE AGUA, S.A.

2.-El día 3 de abril del corriente, FCC AQUALIA S.A. pone de manifiesto la intención de presentar recurso especial en materia de contratación y solicita vista y obtención de copia del expediente administrativo.



3.-El órgano de contratación, en sesión celebrada el día 15 de abril del 2024, acuerda aprobar señalar el día 16 de abril del 2024, a las 12:00 horas para la puesta de manifiesto de los documentos no confidenciales del expediente 3/2023, indicando que no se podían hacer copias ni fotos.

Acuerdo, que fue notificado el mismo día.

4.-El día 16 de abril del 2024 se persona en las dependencias del Ayuntamiento Don Martín Caballero García, en representación de FCC AQUALIA, S.A, para ver el expediente.

5.-FCC AQUALIA,S.A presenta recurso de reposición el día 30 de abril del 2024 contra lo acordado en la reunión de la Mesa de Contratación del día 21 de marzo del 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: *Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación que actúa en su nombre.*

SEGUNDO: *Contra el expediente, objeto de la licitación, no puede presentarse recurso especial en materia de contratación (artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).*

TERCERO: *El recurso presentado no es el adecuado a derecho. El recurso de reposición se interpone contra los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa. (artículo 123.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPACAP)*

El objeto que se describe en el recurso se refiere a actos de trámite. El artículo 121 de la LPACAP señala que las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 112.1 cuando no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en alzada.



El artículo 115 .2 de la LPACAP señala que el error o la ausencia de la calificación por parte de un recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter. Por ende, estamos ante un RECURSO DE ALZADA

CUARTO: *De conformidad con lo normado en el artículo 112 .1 de la LPACAP “ contra las resoluciones y 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 artículo 47 y 48 de esta Ley”*

El recurrente señala como objeto de recurso los acuerdos adoptados por la Mesa de Contratación del contrato de concesión de servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Fuente del Arco (Exp 3/2023) de fecha 21 de marzo del 2023, concretamente:

-el acto de admisión de la justificación de la viabilidad de la oferta de AQUANEX

-la clasificación de las ofertas de los licitadores

-la propuesta de adjudicación del contrato a la oferta de AQUANEX

-la denegación a FCC AQUALIA, S.A del acceso al expediente completo de la licitación del contrato.

Los actos impugnado deben encontrar su fundamento en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la LPACAP.

QUINTO: *En contra de lo expresado en el MOTIVO TERCERO DEL RECURSO “ El acuerdo de admisión, clasificación y propuesta adjudicación del contrato es nulo de pleno derecho, al ser el resultado de una valoración carente de toda justificación y motivación”, debemos alegar*



que todos los actos a los que se refieren quedan plenamente justificados y motivados en el Acta del día 21 de marzo del 2024, así como en el documento ANEXO que se acompaña a la misma.

En el proceso de licitación:

-NO se han lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional

-Se han dictado por órgano competente

- NO tienen un contenido imposible

- NO son constitutivos de infracción penal ni se han dictado como consecuencia de ésta.

- No se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido, ni de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órgano colegiados. Se han dictado actos motivados en la forma establecida en las leyes y en el Pliego de Clausulas Administrativas por las que se rige el contrato.

-No ha concurrido desviación de poder.

Por ende, en este recurso no se justifican, para poder ser admitido, los motivos de nulidad o anulabilidad que sirven de fundamento para la interposición del recurso de alzada, de conformidad con lo normado en el artículo 112.1 de LPACAP.

SEXTO: *En el MOTIVO TERCERO también se alega la no justificación y motivación de los acuerdos, concretamente del acuerdo de la Mesa de Contratación referente a la admisión de la justificación de la oferta y las razones y circunstancias en cuya virtud resulta posible que la solución propuesta pueda ser ejecutada en los términos ofertados. Esta Mesa justificó su decisión y, de conformidad con lo normado en el artículo 88 .6 LPACAP, asumió como motivación de lo acordado el informe emitido por INGEAGUA,S.L., documento que se anexo y publicó con el acta de la mesa del día 21 de marzo del 2024.*

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio del 2003 razona así al respecto “ (...) la posibilidad de que la motivación venga a ser sustituida por el hecho de que se incorporen al expediente administrativo los correspondientes informes, como ha ocurrido



en el presente caso". Acude, en definitiva, aunque no lo manifieste expresamente, a la motivación "in aliunde". Por ende, la motivación in aliunde será suficiente en la medida de que el informe al que se remita contenga información suficiente sobre las concretas razones por las que la documentación cuyo acceso no se facilita tiene afección sobre determinados secretos técnicos o comerciales o se corresponde, de manera efectiva, con aspectos confidenciales de la oferta.

SÉPTIMO: *El recurrente señala como fundamento el artículo 47.1 a) LPACAP "los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", MOTIVO CUARTO DEL RECURSO. Contra el mismo debemos alegar, en nuestra defensa, que en ningún momento se ha denegado al acceso al expediente. No se ha producido indefensión. El día 16 de abril se le concedió acceso al expediente, con la excepción de los documentos declarados confidenciales.*

De forma directa o indirecta ha tenido conocimiento de los diferentes trámites y resoluciones del procedimiento, así como de la documentación aportada por el otro licitador. El recurrente ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente. De hecho, de la lectura del recurso queda acreditado que la parte recurrente conoce los fundamentos de la decisión adoptada por la mesa de contratación.

El recurrente argumenta una serie de alegaciones a la declaración de confidencialidad de parte de la oferta de AQUANEX. El órgano de contratación justificó en su acuerdo de fecha 15 de abril del 2024 la confidencialidad de determinados documentos.

La confidencialidad de la citada documentación no vulnera el derecho de defensa del licitador, ya que no se le ha denegado el acceso a la información suficiente para poder fundamentar su recurso, pues los licitadores han recibido información motivada de la valoración de cada uno de los criterios de adjudicación.

El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción se halla justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a que ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad, como ha ocurrido en este procedimiento.



De conformidad con lo normado en el artículo 133 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público “ los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta” . El alcance de la obligación impuesta a los órganos de contratación respecto de la información proporcionada por los licitadores en el procedimiento de licitación, que puede entrar en concurrencia con el derecho de defensa de los licitadores opera como límite al derecho de acceso por parte de los licitadores a la información obrante en el expediente.

En el conflicto entre el derecho de defensa del licitador y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador se debe encontrar un equilibrio.

Finalmente debe desestimarse la solicitud de estimación del recurso, de declaración de nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, de anulación de los acuerdos impugnados , así como la inadmisión y exclusión de la oferta de AQUANEX y por ende, la retroacción de las actuaciones de la licitación. NO aporta ninguna argumentación o indicio tendente a acreditar la invalidez de los actos. La mera solicitud de nulidad o anulabilidad no es suficiente, debe constar también “el motivo que fundamenta el recurso”.

Por todo lo expresado, y considerando que no concurren vicios de nulidad ni de anulabilidad en los acuerdos que se impugnan, y sin entrar en el resto de los motivos alegados, se propone al órgano de contratación la adopción, en relación a primer SUPPLICO DEL RECURSO, de los siguientes :

ACUERDOS:

Primero: *DESESTIMAR el recurso presentado por FCC AQUALIA, S.A el día 30 de abril del 2024 contra los acuerdos de la Mesa de Contratación de fecha 21 de marzo del 2024 en el Expediente 3/2023, contrato de concesión de servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Fuente del Arco , ya que el recurso no aporta ninguna argumentación o indicio tendente a acreditar la invalidez del acto.*



Segundo: *Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.*

Tercero: *Contra el presente acuerdo del órgano de contratación solo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo (artículo 44. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa , en adelante LJCA) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (artículo 10.1 K LJCA).*

Respecto al SUPPLICO DEL OTRO SÍ DIGO, esta Mesa propone al órgano de contratación, considerando que en el recurso no se justifica la nulidad de los actos impugnados y que se va a resolver el recurso presentado, la adopción de los siguientes:

ACUERDOS:

Primero: *La desestimación de la petición de suspensión de los actos impugnados .*

Segundo: *Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento .*

Tercero: *Contra el presente acuerdo sólo cabe recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.*

Visto el recurso interpuesto por FCC AQUALIA S.A y considerando el informe emitido por la Mesa de Contratación, de conformidad con los artículos 119 y 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se somete el asunto a votación aprobándose por unanimidad la adopción de los siguientes:



ACUERDOS

*En relación al primer SUPPLICO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN, los siguientes:

Primero: DESESTIMAR el recurso presentado por FCC AQUALIA, S.A el día 30 de abril del 2024 contra los acuerdos de la Mesa de Contratación de fecha 21 de marzo del 2024 en el Expediente 3/2023, del contrato de concesión de servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Fuente del Arco, ya que el recurso no aporta ninguna argumentación o indicio tendente a acreditar la invalidez de los actos.

Segundo: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Tercero: Contra el presente acuerdo del órgano de contratación, solo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa , en adelante LJCA) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma ante el Juzgado Contencioso Administrativo de Badajoz.

ACUERDOS

*Respecto al SUPPLICO DEL OTROSÍ DIGO, los siguientes:

Primero: La desestimación de la petición de suspensión de los actos impugnados .

Segundo: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento

Tercero: Contra el presente acuerdo sólo cabe recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses ante el Juzgado Contencioso Administrativo de Badajoz.

EL SECRETARIO.

VºB.

LA ALCALDESA