Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 16/2022

Acuerdo 24/2022, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por el "COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS" frente a los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado «Ejecución de las obras de urbanización del Área de intervención F-52/1 del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza», promovido por la Junta de Compensación del Área de Intervención F52-1 de Zaragoza.

Primero.- El día 26 de enero de 2022 se insertaron en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncios de licitación relativos al contrato que figura en el encabezamiento de este acuerdo.

Segundo.- Se trata de un contrato de obras, sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 8 732 324,48 euros. Según figura en los mencionados anuncios, el plazo para la presentación de ofertas finaliza el día 7 de marzo de 2022.

Tercero.- El día 15 de febrero de 2022 se recibió en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto –a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón- por don C.D.A., en nombre y representación del "COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS", frente a los pliegos que rigen la citada licitación, concretamente contra la omisión de determinados perfiles profesionales –titulaciones

académicas exigidas en la adscripción de medios al contrato- para el personal encargado de la ejecución del contrato que establece la cláusula O del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que rige la licitación.

Considera el recurrente en su escrito, que debería ser incluida la titulación de Ingeniero Técnico de Obras Públicas entre las exigidas para formar parte del equipo mínimo responsable de las funciones de coordinación y supervisión y solicita, que, con la estimación del recurso sean modificadas las bases de licitación y que se incluya la titulación reseñada.

Cuarto.- El día 16 de febrero de 2022, este Tribunal, dió traslado del recurso recibido al órgano de contratación, y requirió del mismo, el expediente de contratación completo y en informe al que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa y requisito de la admisibilidad, procede determinar si la “JUNTA DE COMPENSACIÓN DEL ÁREA DE INTERVENCIÓN F52-1 DE ZARAGOZA”, tiene o no la consideración de poder adjudicador.

El artículo 3.3 de la LCSP señala que se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

Pues bien, la "JUNTA DE COMPENSACIÓN DEL ÁREA DE INTERVENCIÓN F52-1 DE ZARAGOZA." es, según consta en el artículo 2 de sus estatutos, una Entidad Urbanística Colaboradora, de carácter jurídico-administrativo.

Además, la "JUNTA DE COMPENSACIÓN DEL ÁREA DE INTERVENCIÓN F52-1 DE ZARAGOZA, según sus estatutos: «*(t)endrá por objeto la ejecución, por el sistema de compensación y el ámbito territorial de su actuación, de las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza y del Plan Especial de Reforma Interior de desarrollo del Area de Intervención F-52-1, aprobado definitivamente el 30 de septiembre de 2005 y con tal finalidad practicará las operaciones necesarias para distribuir entre los asociados los beneficios y cargas del planeamiento, para lo cual podrá encargar la formulación de los proyectos de reparcelación y de urbanización, así como cualquier otro instrumento de ordenación y gestión urbanística en su ámbito de*

actuación, que pudiera resultar necesario o conveniente, contratar la ejecución de las obras de urbanización, adquirir y enajenar inmuebles, concertar créditos, instalar y prestar servicios, y cuantas actividades sean precisas a todos los efectos, como entidad urbanística colaboradora, para la defensa de los intereses comunes de la Entidad y de sus miembros y para la consecución de los demás objetivos previstos en la legislación urbanística».

Así las cosas, procede examinar si concurren los requisitos para considerar a la "JUNTA DE COMPENSACIÓN DEL ÁREA DE INTERVENCIÓN F52-1 DE ZARAGOZA" poder adjudicador no Administración Pública y, de ahí que se tenga que atender a lo dispuesto en la legislación urbanística aragonesa, en concreto, al artículo 156 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (en adelante, TRLUA), que lleva por título, *«Estatuto de la junta y relación con la Administración»,* en el que se dispone lo siguiente:

«1. La junta de compensación tendrá personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

2. Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, no tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra pública. La relación jurídica existente entre la Administración municipal y las juntas de compensación no es la de un contrato público, sino la de un encargo o traslado de funciones públicas de carácter unilateral.

3. La junta podrá solicitar del municipio la exacción por vía de apremio de las cantidades adeudadas por sus miembros.

4. Los acuerdos de la junta serán susceptibles de recurso ante el municipio.»

La dicción del precepto transcrito no deja lugar a dudas en cuanto a que las juntas de compensación no tienen la condición de poder adjudicador.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el informe 1/2020, de 24 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que dedica su apartado III a la doctrina general sobre la sujeción de las juntas de compensación a la legislación de contratos del sector público cuando ejecuten obra pública en el que se indicaba lo siguiente:

«Como se señala en la propia consulta, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ya se pronunció sobre esta cuestión en su Informe 21/2011, de 12 de septiembre. Ciertamente, el régimen aplicable a la ejecución indirecta por compensación del planeamiento urbanístico, en la que ocupará el papel central una Junta de Compensación, se encuentra ahora en los art. 136 y 151 a 158 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, desarrollados por medio del Decreto 210/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras. La cuestión objeto de consulta está expresamente contemplada en el art. 156.2: «Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, no tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra pública. La relación jurídica existente entre la Administración municipal y las juntas de compensación no es la de un contrato público, sino la de un encargo o traslado de funciones públicas de carácter unilateral».

El texto en vigor proviene literalmente de la modificación del art. 163 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, realizada por el artículo

único, párrafo ciento seis, de la Ley 4/2013, de 23 de mayo. Aunque en el preámbulo no se expresasen los motivos de esta concreta reforma, es destacable su coincidencia con el parecer expresado por esta Junta en su Informe 21/2011. En este sentido puede recordarse que entre las conclusiones del citado Informe se señalaba lo siguiente: «III. La evidente problemática interpretativa derivada de la regulación urbanística aragonesa, aconseja que esta Junta recomiende al Gobierno de Aragón su revisión, para su clarificación y ajuste al marco normativo vigente de la contratación pública».

La reforma se produjo en el sentido preconizado por la Junta Consultiva en su informe, cuyas líneas generales deben reiterarse. Los fines perseguidos por el Derecho comunitario de la contratación pública, fundamentalmente los principios de concurrencia e igualdad de los licitadores, deben preservarse también en el ámbito urbanístico, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, establecida en las sentencias de 12 de julio de 2001, Asunto Ordine degli Architetti y otros (conocida como Scala de Milán), de 20 de octubre de 2005, Asunto Comisión/Francia, de 18 de enero de 2007, Asunto Auroux y otros, o de 21 de febrero de 2008, Asunto Comisión/Italia, entre otras. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que en los supuestos de ejecución indirecta del planeamiento urbanístico mediante junta de compensación u otra entidad privada deberán respetarse las reglas de la contratación pública, en la medida en que el resultado final es una obra pública que «recepcionará» la Administración pública, que será su titular, Administración que habría debido asumir su coste en caso de optarse por un mecanismo de ejecución directa. Como se declaró en la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001, relativa a la Scala de Milán, las obras de urbanización son obra pública, lo que comporta la aplicación de las reglas de la legislación de contratos públicos a efectos de publicidad y concurrencia.

Esa conclusión ha sido matizada por el propio TJUE en sentencias como la de 25 de marzo de 2010, Asunto Helmut Müller, o la de 26 de mayo de 2011,

asunto Comisión/España. No puede entenderse sometida a la legislación de contratación pública toda la actividad urbanística, sino que la aplicación de los principios de la contratación pública exige que exista un poder adjudicador o que exista un auténtico contrato de obra, utilizando para determinar su concurrencia criterios funcionales.

En el Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre la «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las Juntas de Compensación urbanísticas» se negó que pudieran ser consideradas como poder adjudicador al no concurrir el elemento subjetivo por no existir financiación pública, ni constituir sus contratos ejercicio de función pública alguna, además de que cuando se urbaniza la obra no es inicialmente pública, sino que recae sobre bienes de titularidad privada. Tras analizar los requisitos para poder ser poder adjudicador afirma: «El último requisito se refiere la financiación o al control administrativo de la entidad. Literalmente que "uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia"».

Las juntas de compensación constituyen un «fenómeno de autoadministración», en el que los propietarios desarrollan la función pública de ejecución del planeamiento, en virtud de una delegación que convierte a la junta un agente de la Administración. En consecuencia, responde frente a la Administración de la urbanización completa de la unidad de ejecución e incluso, de estar así previsto, de la edificación. Es decir, como decíamos en nuestro Informe 21/2011, «son sujetos privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas». Esto comportará «que no toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, estará sujeta al derecho

privado». No sería un fenómeno distinto de la doble naturaleza atribuida a otros entes privados, como las federaciones deportivas, o incluso corporaciones de Derecho Público, como los colegios profesionales o las cámaras de comercio, industria, navegación y servicios, reconocida en las SSTS de 11 de marzo de 1989 (Ar. 1968) o de 24 de mayo de 1994 (Ar. 3908). Como consecuencia, afirmábamos, «a juicio de esta Junta, las juntas de compensación, por su naturaleza de base privada y finalidad de consunción inmediata (se crean para la ejecución de un único proceso de urbanización), no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados y, por tanto, no se encuentran sometidas a las reglas de la contratación pública».

Sin embargo, sí deberán aplicar la legislación de contratos públicos cuando concurra el concepto funcional de obra pública, caracterizada por tres notas, que son: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública. Éste sería el caso de las obras de urbanización exigidas por la legislación urbanística, como se señalaba en la ya citada Sentencia de 12 de julio de 2001 relativa a la Scala de Milán: "La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas».

Según el considerando 46 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2007, asunto Auroux, procede entender como obra «los elementos constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de dicha obra». Es decir, se aplica el concepto de obra en sentido amplio, lo que se traduce en la obligación de las juntas de compensación de aplicar las normas de contratación pública en la obra de urbanización propiamente tal, pero no parece que actuaciones como la reparcelación, técnica urbanística no concurrencial. Deberá además concurrir el carácter de onerosidad, sin el cual no existe contrato público, como se señaló en la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto Helmut Müller: «el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por la Directiva 2004/18 (apartado 57)"».

Y, por lo que aquí interesa*, el meritado informe concluye señalando que: «Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, no tienen como regla general la consideración de poder adjudicador, ni se encuentran sujetas en el conjunto de su contratación a las reglas de la LCSP. No obstante, cuando ejecuten obra pública de urbanización deberá aplicarse la legislación de contratos públicos en cumplimiento del criterio funcional de obra pública.»*

Pues bien, a resultas de lo expuesto, este Tribunal administrativo debe concluir, dado que la "JUNTA DE COMPENSACIÓN DEL ÁREA DE INTERVENCIÓN F52-1 DE ZARAGOZA" no tiene la condición de ser un poder adjudicador *ex* artículo 156.2 del TRLUA, que la denuncia planteada por el actor no es susceptible de recurso especial en materia de contratación del que deba conocer este Tribunal administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 44.1 de la LCSP, en consonancia con los artículos 2 y 17 de la LMMCSPA, por lo que procede su inadmisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la LMMCSPA y artículo 55.a) de la LCSP.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen del motivo de fondo planteado. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, como es, por ejemplo, que se refieran a contratos de entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Por mor del artículo 156.4 del TRLUA, en consonancia con el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), corresponde remitir el escrito de recurso para tal pretensión, al Ayuntamiento de Zaragoza, al objeto de su tramitación, en su caso, como el recurso administrativo que proceda, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la LPAC, a fin de que en dicho aspecto no se vea mermado el derecho a la defensa del actor, que ha de sustentarse por cauces distintos al del procedimiento de recurso especial.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial presentado por el “COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS” del recurso especial

interpuesto frente a los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado «Ejecución de las obras de urbanización de urbanización del Área de Intervención F-52/1 del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza», promovido por la Junta de Compensación del Área de Intervención F-52/1 de Zaragoza, al no ser este Tribunal competente para su resolución.

SEGUNDO.- Remitir el escrito de recurso al Ayuntamiento de Zaragoza al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156.4 del TRLUA y Capítulo II del Título V de la LPAC.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.