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

RE 19/24

Acuerdo 40/2024, de 30 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por las mercantiles "AVANCE Y DESARROLLO DE OBRAS, S.L.", "GECOCSA GENERAL DE CONSTRUCCIONES CIVILES, S.A." y "MULCONSA EDIFICACIÓN CIVIL, S.L.", frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Ejecución de las obras contempladas en el proyecto de obras e instalaciones destinadas a la realización integral de la infraestructura hidráulica y drenajes de la Comunidad de Regantes del Sector XIII-A de Monegros Sur en los términos municipales de La Almolda y Pina de Ebro (Zaragoza)», promovido por la Junta de Gobierno de la Comunidad de Regantes Monegros Sur XIII A.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de agosto de 2023 se envió, para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del contrato que figura en el encabezado de este Acuerdo. En esa misma fecha fue insertado el mismo anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP). Los pliegos que rigen la licitación fueron publicados el día 13 de agosto siguiente. Según figura en los citados anuncios, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 29 de septiembre de 2023.

El día 1 de septiembre de 2023 se publicó un anuncio de rectificación del pliego, sin afectar el plazo de presentación de proposiciones.

Se trata de un contrato de obras, licitado por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 20.931.648,62 euros.

Segundo.- En la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación en su reunión del día 6 de noviembre de 2023, acordó, -por lo que a este acuerdo interesa-, tras la calificación de la documentación del Sobre 1 de las ofertas recibidas y en base al informe del Servicio de Asistencia Jurídica de fecha 3 de noviembre anterior, la exclusión de la licitación de las ahora recurrentes.

El acta fue publicada en la PCSP el día 6 de noviembre de 2023, fecha en la que también le fue notificada a las interesadas su exclusión del procedimiento a través de la misma plataforma.

Tercero.- El día 24 de noviembre de 2023 fue interpuesto ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), escrito de recurso especial en materia de contratación por D.J.C.G.R, en nombre y representación de la mercantil “AVANCE Y DESARROLLO DE OBRAS, S.L.”, don C.J.J.M., en nombre y representación de la mercantil “GECOCSA GENERAL DE CONSTRUCCIONES CIVILES, S.A.” y don V.M.M.F., en nombre y representación de la mercantil “MULCONSA EDIFICACIÓN CIVIL”, todos ellos actuando en compromiso de constitución de la UTE correspondiente, frente a la exclusión mencionada en el antecedente anterior.

Cuarto.- Mediante Resolución nº 79/2024, de 25 de enero, el TACRC inadmitió el recurso, acordando la remisión de actuaciones a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, con notificación a los interesados.

Quinto.- El día 1 de febrero de 2024 se recibió en este Tribunal, procedente del TACRC el escrito de recurso, así como el expediente y el informe del órgano de

contratación a 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).

Sexto.- El mismo día 1 de febrero de 2024, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso, así como de la Resolución nº 79/2024, de 25 de enero del TACRC, al órgano de contratación, otorgando dos días hábiles para la aportación de la documentación que considerara conveniente o ampliar su informe inicial al recurso. El órgano de contratación aportó una ampliación de su informe el día 6 de febrero siguiente.

Séptimo.- El día 5 de febrero de 2024, se dio traslado del escrito de recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que hayan sido presentadas alegaciones al respecto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DE COMPETENCIA

Nos encontramos ante un contrato de obras cuyo objeto, según el apartado B del cuadro resumen del PCAP es la “ejecución de las obras contempladas en el proyecto de obras e instalaciones destinadas a la realización integral de la infraestructura hidráulica y drenajes de la Comunidad de Regantes del Sector XIII-A de Monegros Sur. TT.MM. de la Almolda y Pina

de Ebro (Zaragoza)", siendo la entidad contratante la COMUNIDAD DE REGANTES DEL SECTOR XIII-A DE MONEGROS SUR.

En el apartado E del cuadro resumen del PCAP se indica lo siguiente:

E.- RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN

Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón	C.R Sector XIII-A de Monegros Sur
Subvención 50% presupuesto máximo subvencionable para la ejecución de las obras, conforme Resolución del Director General de Desarrollo Rural de 5 de agosto de 2020 por la que se resuelve la convocatoria de subvenciones para determinadas inversiones en materia de creación de regadíos, en el marco del Decreto 79/2017, de 23 de mayo, del Gobierno de Aragón (convocatoria según orden AGM/1072/2019, de 9 de agosto)	Presupuesto de ejecución de las obras no subvencionado, mediante fondos propios de la Comunidad de Regantes.

I.- Consideración de la Comunidad de Regantes como poder adjudicador.

La Comunidad de Regantes del Sector XIII-A de Monegros Sur no tiene la consideración de Administración pública, dado que no se trata de una entidad de las previstas en el artículo 3.2 de la LCSP; ni tampoco ostentan la condición de poder adjudicador, al no reunir los requisitos establecidos en el artículo 3.3.d) de la LCSP. "*3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: 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*."

En estos términos se ha pronunciado el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resoluciones 12/2019 y 13/2019, de

22 de enero de 2019, y Resolución 77/2019 de 19 de marzo de 2019); el TACRC (Resolución 1086/2019, de 30 de septiembre); así como el Informe 5/2020, de 6 de noviembre de 2020 Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, a cuyos fundamentos nos remitimos en su integridad, destacando de las Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que: "*El tercer requisito, que un poder adjudicador controle su gestión, es el que puede ofrecer mayores dudas, dado que las comunidades de usuarios se encuentran adscritas al organismo de cuenca. A los efectos de apreciar si concurre este requisito, establecido por la normativa europea, debemos acudir nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, as. C-373-00, apartados 69 y 70 señala: "69 Más concretamente, en cuanto al criterio relativo al control de la gestión, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho control debe originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos, equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos, a saber que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos. 70 En virtud de esta jurisprudencia, queda descartada la posibilidad de considerar que se cumple el requisito de control de la gestión en el supuesto de un mero control a posteriori ya que, por definición, tal control no permite que los poderes públicos influyan en las decisiones del organismo de que se trate en materia de contratos públicos".*

Por su parte, la mencionada Sentencia IVD Ärztkammer Westfalen-Lippen, apartado 29, con cita de la anterior sentencia, establece: "29 En siguiente lugar, en lo referente al segundo criterio recogido en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18, relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos, procede recordar que, en principio, un control a posteriori no cumple dicho criterio cuando tal control no permite a los poderes públicos influir en las decisiones del

organismo de que se trata en materia de contratos públicos (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p I-1931, apartado 70).

Por tanto, tal es el caso, en principio, de un control general de legalidad realizado a posteriori por una autoridad de supervisión y, con mayor motivo, de una intervención por parte de dicha autoridad en forma de aprobación de la resolución del mencionado organismo por la que se fija el importe de las cuotas que garanticen la parte esencial de su financiación, que se limite a verificar que el presupuesto del citado organismo sea equilibrado." Es decir, no basta con que exista cualquier tipo de control para que las Corporaciones de Derecho Público sean poderes adjudicadores a los efectos de la aplicación de la LCSP, sino que ese control debe ser especialmente intenso.

El RDPH establece los siguientes controles del Organismo de Cuenca sobre las comunidades de usuarios (y en consecuencia, de regantes): la aprobación administrativa de los estatutos u ordenanzas, que serán aprobados previamente por la comunidad (artículos 81.1 del TRLA y 198.1 del RDPH); velar por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento (artículos 82.1 del TRLA y 199. 1 del RDPH); y conocer de los recursos de alzada que se interpongan contra los acuerdos de la Junta General y de la Junta de Gobierno (artículos 84.5 del TRLA y 227.1 del RDPH). La aprobación de los estatutos y ordenanzas se mueve dentro de un ámbito previo a la gestión o funcionamiento de las comunidades de usuarios, de manera que establece reglas para su funcionamiento, pero no implica en sí misma un control de su actividad de gestión. La función de velar por el cumplimiento de los estatutos y ordenanzas es un cometido de carácter genérico, que no equivale a la requerida actividad de control en la gestión. En este sentido no parece que sea una actuación que pueda condicionar el funcionamiento de la comunidad. El modo de reacción previsto es similar al de otros sectores, pudiendo extinguirse la comunidad por resolución del Organismo de Cuenca adoptado previo expediente sancionador (artículo 214 del RDPH). Y el conocimiento de los recursos alzada es un control de

legalidad a posteriori, de manera que el Organismo de Cuenca no tiene capacidad de influir con carácter previo a la adopción de las decisiones, pudiendo exclusivamente revisarlas con ocasión de la interposición de un recurso de alzada. Cabe añadir que, en consecuencia, la facultad de revisión no recaería sobre toda la actividad de la comunidad, sino únicamente sobre aquella que es recurrida. Por otro lado, siguiendo la Sentencia Adolf Truley, estas facultades no suponen un control que origine una dependencia de la comunidad frente al Organismo de Cuenca equivalente al que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos: que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que estos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos. Si a todo ello se añade la autonomía que la normativa atribuye a las Comunidades de Regantes para la gestión de sus funciones (artículo 81.1 del TRLA y 199.2 del RDPH) se llega a la conclusión de que no se cumple tampoco el requisito del control. (…)"

En lo que aquí afecta, el artículo 1 de los Estatutos de la Comunidad de Regantes el Sector XIII-A Monegros Sur dispone que: "*Los propietarios regantes y demás usuarios de los bienes adscritos al aprovechamiento de las aguas derivadas del Canal de Monegros mediante la Acequia de La Almolda, en el ámbito territorial que se describe en el artículo siguiente, se constituyen en comunidad de usuarios con la denominación de Comunidad de Regantes de Monegros Sur-Sector XIII, al amparo de lo dispuesto en el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.*

La Comunidad de regantes del Sector XIII-A de Monegros Sur quedará integrada en la Comunidad General de Riegos del Alto Aragón desde que se produzca el alta en el padrón de dicha Comunidad, una vez que se ponga en explotación la zona regable.

Tal Comunidad tiene el carácter de Corporación de Derecho Público, adscrita a la Confederación Hidrográfica del Ebro, que velará por el cumplimiento de estas Ordenanzas y sus Reglamentos, así como por el buen orden de los aprovechamientos.(…)"

Su artículo 5 añade que son miembros de la Comunidad de Regantes los actuales y futuros titulares del dominio y otros derechos de disfrute sobre las fincas comprendidas en las áreas de riego mencionadas en el artículo 2 de las Ordenanzas. Asimismo, se establecen las distintas formas de sufragar los gastos e inversiones (dependiendo de la naturaleza de los mismos –trabajos de conservación, reparación, gastos de administración, obras nuevas…), y la configuración de su organización, sin que intervenga entidad del sector público en ninguno de estos dos aspectos.

En consecuencia, tal y como resulta del contenido de los citados Estatutos y conformidad con la jurisprudencia y doctrina anteriormente citada, no existe ningún sujeto que, teniendo legalmente la consideración de poder adjudicador, financie mayoritariamente su actividad; controle su gestión; o bien nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, habida cuenta que la función que ostenta la Confederación hidrográfica de velar por el cumplimiento de los estatutos y ordenanzas es un cometido de carácter genérico, que no equivale a la requerida actividad de control en la gestión

Consecuentemente, que la Comunidad de Regantes no tenga la consideración de poder adjudicador, por no concurrir las condiciones del artículo 3.3 d) de la LCSP, implica que sus actos no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1 de la LCSP y de los artículos 2, 117 y 118 de la LUECPA (artículo 2 modificado por el Decreto-Ley 2/2023, de 22 de noviembre, que limita el

ámbito subjetivo de la Ley –y por lo tanto la competencia del presente Tribunal- a los entes del sector público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Aragón que tengan la condición de poder adjudicador).

II.- Consideración del contrato como contrato subvencionado en los términos del artículo 23 de la LCSP.

No obstante lo anterior, estando el presente contrato subvencionado por la Comunidad Autónoma de Aragón, tal y como se recoge en el apartado E del cuadro resumen del PCAP, procede examinar si el contrato en cuestión es o no un contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada, con la finalidad de determinar la competencia de este Tribunal en virtud del artículo 44.1, último párrafo: "*Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23(...).* "

Al respecto, el artículo 23, apartado 1 de la LCSP dispone que "*Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 13 y 17, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:*

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.382.000 euros".

El contrato en cuestión tiene por objeto una obra de las definidas en el artículo 13 de la LCSP, encontrándose la misma incluida en la sección F y División 45.2 de la NACE (45.24 |Obras hidráulicas (riegos, drenajes, puertos...) -Reglamento (CEE) nº 3037/90 del Consejo, de 9 de octubre de 1990, relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea-, por lo que el objeto del contrato se encuentra dentro del referido ámbito.

Sin embargo, el porcentaje de la subvención no supera el límite mínimo del 50% que requiere el artículo 23 de la LCSP, dado que a pesar de lo señalado en el informe emitido por la Comunidad de Regantes, el cual afirma que estamos ante un contrato susceptible de recurso especial dado que "*la subvención procede íntegramente de la Diputación General de Aragón*", resulta que, de conformidad con la Resolución del Director General de Desarrollo Rural, por la que se resuelve la convocatoria de subvenciones para determinadas inversiones en materia de creación de regadíos, en el marco del Decreto 79/2017, de 23 de mayo del Gobierno de Aragón. Convocatoria según Orden AGM/1072/2019, de 9 de agosto, la subvención que provienen de la Administración Autonómica es del 49,18%, figurando así en la citada Resolución:

ANEXO I. Tabla 1.1

EXPEDIENTES APROBADOS								
Referencia	CIF	C.R.BENEFICIARIA	TITULO ACTUACIÓN	Superf. Reg.(ha)	PRESUPUESTO SUBVENCIONABLE	SUBVENCION €	%	PUNTUACIÓN
Z200007	G99498479	C.R. SECTOR XIII-A MONEGROS SUR	OBRAS E INSTALACIONES DESTINADAS A LA REALIZACIÓN INTEGRAL DE LA INFRAESTRUCTURA HIDRAULICA Y DRENAJES DE LA C.R. SECTOR XIII-A. MONEGROS SUR (LA ALMOLDA) ZARAGOZA	1.695,85	21.595.698,52	10.621.591,14	49,18%	79,97

En definitiva, no estamos ante un contrato subvencionado de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidad que tenga la consideración de poder adjudicador.

En consecuencia, no concurre ninguno de los requisitos que exige el artículo 44.1 de la LCSP para poder considerar que estamos ante un contrato susceptible de recurso especial, por lo que este Tribunal carece de competencia para conocer del mismo. Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal para su resolución, lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad e impide el examen de la cuestión de fondo.

De conformidad con lo expuesto,

Vistos los preceptos legales que resulta de aplicación, al amparo de lo establecido en el artículo 55 a) de la LCSP, y del artículo 129.1 a) de la LUECPA el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, previa deliberación, por unanimidad de sus miembros, en sesión celebrada el 30 de abril de 2024, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por las mercantiles “AVANCE Y DESARROLLO DE OBRAS, S.L.”, “GECOCSA GENERAL DE CONSTRUCCIONES CIVILES, S.A.” y “MULCONSA EDIFICACIÓN CIVIL, S.L.”, todas ellas actuando en compromiso de constitución de la UTE correspondiente, frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Ejecución de las obras contempladas en el proyecto de obras e instalaciones destinadas a la realización integral de la infraestructura hidráulica y drenajes de la Comunidad de Regantes del Sector XIII-A de

Monegros Sur en los términos municipales de La Almolda y Pina de Ebro (Zaragoza)», promovido por la Junta de Gobierno de la Comunidad de Regantes Monegros Sur XIII A.

SEGUNDO.- Como la Comunidad de Regantes está adscrita a la Confederación Hidrográfica del Ebro, que actúa como órgano de tutela, es dicha Confederación el órgano competente para conocer del recurso administrativo formulado en el presente asunto. Así resulta de los artículos 44.6, 321.4 y 5 de la LCSP y del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio la Ley de Aguas, al ser una Corporación de derecho público adscrita al organismo de cuenca.

Procede por ello devolver el presente recurso al órgano de contratación para su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capitulo III, Titulo II Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón y del Capítulo II del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP

CUARTO.- 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.