

**Recurso nº 84/2012**

**Resolución nº 91/2012**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**

En Sevilla, a 10 de octubre de 2012

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de empresas ARPO EMPRESA CONSTRUCTORA Y MAGTEL REDES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., contra la resolución de la Presidencia de la Comunidad de Regantes de la Zona Regable del Viar, de 16 de julio de 2012, por la que se acuerda no proceder a la adjudicación del contrato de obras del Proyecto “Casetas, contadores, distribución secundaria y obras e instalaciones complementarias” de la Modernización de la Zona Regable del Viar a dicha UTE, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La Comunidad de Regantes de la Zona Regable del Viar, mediante Resolución de 3 de marzo de 2011 publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 111, el 10 de mayo de 2011 y en el DOUE el 4 de mayo de 2011, convocó licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de obras del Proyecto “Casetas, contadores, distribución secundaria y obras e instalaciones complementarias “ de la Modernización de la Zona Regable del Viar.

**SEGUNDO.** El Sindicato de Riegos de dicha Comunidad de Regantes de la Zona Regable del Viar, a la vista de las actas del Comité de Evaluación, el 7 de noviembre de 2011 acordó preadjudicar el contrato de obras del Proyecto “Casetas, contadores, distribución secundaria y obras e instalaciones complementarias “ de la Modernización de la Zona Regable del Viar a la Unión Temporal de Empresas ARPO EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. y MAGTEL REDES DE TELECOMUNICACIONES SAU y lo notificó mediante burofax a todos los licitadores con fecha 8 de noviembre de 2011.

**TERCERO.** Contra el citado acuerdo de preadjudicación se interpuso recurso especial en materia de contratación por las empresas SACYR SAU y PRYNUR SAU, que fue resuelto por este Tribunal mediante Resolución 3/2012, de 21 de marzo de 2012, en la que se declaró la inadmisión del recurso al haberse interpuesto contra un acto no susceptible de recurso especial en materia de contratación y por haberse presentado fuera del plazo legalmente previsto.

**CUARTO:** El 1 de agosto de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el referido recurso contra la resolución de no adjudicación del contrato, interpuesto por la Unión Temporal de Empresas ARPO EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. y MAGTEL REDES DE TELECOMUNICACIONES SAU.

La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 5 de septiembre de 2012, solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación acompañado de un informe detallado del órgano competente, así como un listado de las empresas licitadoras con indicación de su domicilio, correo electrónico, teléfono y fax, a efectos de notificaciones.

Asimismo, mediante oficio, de 24 de septiembre de 2012, enviado por correo certificado, se dio traslado a los interesados del escrito de interposición del recurso, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Asimismo, están acreditadas las facultades de representación de quien interpone el recurso en nombre de la UTE constituida mediante escritura pública de 10 de enero de 2012 y que según el artículo 7 de los Estatutos de la misma, al gerente le compete “*representar a la UTE en juicio o fuera de él y, por tanto, comparecer por sí o por medio de Abogados y Procuradores, ante autoridades, centros y funcionarios del Estado, las Comunidades Autónomas (...) y ante toda clase de Juzgados, Audiencias, Jurados, Tribunales (...)*”.

Por tanto, no se admite lo alegado por el órgano de contratación respecto a la falta de poder de representación de quien interpone el recurso en nombre de la UTE.

**TERCERO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

En el supuesto analizado, el 16 de julio de 2012, se notificó a la UTE recurrente, la resolución de la Presidencia de la Comunidad de Regantes de la Zona Regable del Viar de esa misma fecha, por la que se acuerda no proceder a la adjudicación del contrato de obras del Proyecto “Casetas, contadores, distribución secundaria y obras e instalaciones complementarias” de la Modernización de la Zona Regable del Viar a dicha UTE, por lo que habiéndose presentado el escrito de recurso en el Registro de este Tribunal el 1 de agosto de 2012, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

Por otro lado, el 30 de julio de 2012, se presentó el anuncio del recurso en el Registro General de la Comunidad de Regantes de la Zona Regable del Viar, dándose así cumplimiento al mandato legal contenido en el artículo 44.1 del TRLCSP, conforme al cual *“Todo el que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.”*

**CUARTO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

Una primera cuestión es la de determinar si el contrato en cuestión es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

La cláusula primera del pliego de cláusulas administrativas particulares lo califica como un contrato de “naturaleza jurídico-privada y se regirá por las cláusulas contenidas en él y, en lo que en el mismo no estuviere previsto, por el Código Civil y la legislación homónima complementaria, y en su defecto, por las normas que han de regir la contratación de las Administraciones Públicas en España”.

Ahora bien, el recurrente alega que el contrato en cuestión es un contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada.

El artículo 17 del TRLCSP (anterior artículo 17 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) dispone:

*“1. 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 6 y 10, 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 5.000.000 euros.*

*b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.”*

Según resulta del expediente, en concreto de los informes del Servicio de Regadíos y Estructuras y de la Oficina de Supervisión y Proyectos de la Consejería de Agricultura y Pesca, el contrato en cuestión tiene por objeto una obra de las definidas en el artículo 6 del

TRLCSF y está subvencionado por la Consejería en un 90% de la inversión aceptada que comporta un total de 21.557.811,49 € de presupuesto de ejecución.

Las comunidades de regantes son corporaciones de derecho público, adscritas a los Organismos de Cuenca (artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de julio). Con independencia de que no tengan la consideración de Administraciones Públicas a efectos del TRLCSF ni de poder adjudicador, el apartado 2 del citado artículo 17 dispone que *“las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquéllos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las restantes disposiciones de esta Ley que les sean de aplicación.”*

En este sentido el artículo 193 del TRLCSF (anterior art. 177 LCSP) dispone que la adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de la Ley, se regirá por las normas contenidas en el artículo 190 (anterior art. 174 LCSP), que establece las normas por las que se rige la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas.

Sin embargo, el órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal a efectos de resolución del recurso, indica que el contrato de obras de referencia, aún siendo subvencionado, no está sujeto a regulación armonizada en base a que en el anuncio de la convocatoria de la licitación en el DOUE, BOE y BOJA, al describir el objeto del contrato, en el apartado de Clasificación CPV se identifica con los códigos 45231110 y 45232150, según el Reglamento CE nº 213/08, de la Comisión y que de acuerdo con el Anexo I del TRLCSF, dentro del grupo 45.2, clase 45.23, quedan exceptuados los contratos identificados con los códigos (CPV) citados, y por ello no son contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

Sin embargo, el órgano de contratación incurre en un error al interpretar el citado artículo 17.1 del TRLCSP, puesto que el mismo señala que podrán ser contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada los “*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)*”.

Por tanto, el citado precepto se está remitiendo a la NACE regulada en el Reglamento (CEE) nº 3037/90, del Consejo, de 9 de octubre de 1990, modificado por el Reglamento (CEE) nº 761/93, de la Comisión, de 24 de marzo de 1993, en el que la sección F y División 45 se refiere a la “Construcción”, el Grupo 45.2 “Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil”, entre las que se encuentra el objeto del contrato de obras en cuestión.

El artículo 17.1 no se remite al Anexo I, como alega el órgano de contratación, referido a los trabajos que entran dentro de la definición del contrato de obras al que se refiere el artículo 6 del TRLCSP, sino que se remite a la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), que es distinto del Vocabulario común de los contratos públicos (CPV) regulado en el Reglamento (CE) nº 213/2008, de la Comisión, que es al que alude el órgano de contratación.

Partiendo de la premisa de estimar el contrato en cuestión como contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada, el mismo es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1 TRLCSP.

Ahora bien, queda por analizar si el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Según la cláusula 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del citado contrato “A la vista de los informes referidos y de la propuesta efectuada, el órgano de

contratación (de la Comunidad de Regantes) procederá a la **preadjudicación** del contrato a la oferta más ventajosa, sin atender exclusivamente al valor económico de la misma, o a declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación establecidos. La selección realizada en estos términos no supone la adjudicación definitiva de las obras por parte de la Comunidad de Regantes, ni la adquisición de derechos derivados de la misma para el licitador inicialmente seleccionado”.

Como ya indicó este Tribunal en la citada Resolución 3/2012, aunque dicho acto de preadjudicación no esté previsto en la LCSP, pudiera asimilarse a la adjudicación provisional que regulaba el artículo 135 de la LCSP y que fue suprimida por la Ley 30/2010, de 5 de agosto.

Y haciendo suyo el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en este sentido, estimó que la resolución de preadjudicación (adjudicación provisional) “no es un acto que reúna los requisitos del artículo 310 de la Ley 34/2010 (actual art. 40 TRLCSP), toda vez que no decide sobre la adjudicación, no imposibilita continuar el procedimiento y no produce indefensión ni perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos, por lo que procede inadmitir el recurso por tal causa”.

Ahora bien, en el presente recurso lo que se recurre es la **resolución de no adjudicación** del contrato al preadjudicatario, al amparo de la cláusula 8.3 del PCAP que dispone que:

*“(...).o por cualquier causa la adjudicación resultare inviable o no se alcanzase la definición del objeto definitivo del contrato dentro de los términos y límites citados, la Comunidad de Regantes podrá decidir la no adjudicación definitiva de las obras al licitador seleccionado, incautándose de su garantía provisional en su caso si se deriva de su incumplimiento, y procediendo en su caso a una nueva selección”.*

Dicha resolución de no adjudicación al preadjudicatario es un acto que tampoco está previsto en el TRLCSP, por lo que es necesario determinar si está comprendido en alguno de los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de artículo 40.2.b) del TRLCSP referido a *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”*.

La no adjudicación al preadjudicatario se prevé en el PCAP como una posibilidad en manos del órgano de contratación cuando concurra alguna de las causas citadas y que en la resolución objeto del recurso se fundamentaba en un informe técnico solicitado después de la preadjudicación que concluía que: *“el Proyecto y el resto de la documentación aportada por la UTE EL VIAR, no se puede considerar con alcance de construcción para la obra “Casetas, contadores, distribución secundaria y obras e instalaciones complementarias” de la Modernización de los Riegos del Viar y contiene deficiencias, imprecisiones e indefiniciones que no permitirán construir la obra proyectada, no alcanzará la funcionalidad perseguida, no incorpora las mejoras ofertadas y supondrá un importante desvío económico e incumplimiento del plazo de ejecución”*.

Esta resolución de no adjudicación al preadjudicatario no impide seguir el procedimiento de contratación puesto que la citada cláusula 8.3 del PCAP prevé que en caso de no adjudicarse el contrato al preadjudicatario, se hará una nueva selección, entendiéndose ésta, claro está, dentro del procedimiento de contratación en cuestión.

Por tanto, si por motivos técnicos del proyecto presentado por el preadjudicatario no se hace la adjudicación definitiva del contrato al mismo, se procederá a seleccionar un nuevo preadjudicatario entre los licitadores admitidos a la licitación, a menos que el órgano de contratación desista del procedimiento de contratación en cuestión, sin perjuicio de iniciar uno nuevo.

Ni el acto de preadjudicación ni la no adjudicación al preadjudicatario son actos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, es decir, no son equiparables a ninguno de los actos adoptados en la tramitación del procedimiento de adjudicación conforme al citado texto legal, por lo que no es posible su encaje en los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 40.2 del TRLCSP.

Ahora bien, los argumentos dados por el recurrente en su recurso se basan en entender que el órgano de contratación ha revocado el acto de preadjudicación y dejado sin efecto el procedimiento de licitación, estimando así que ha habido un desistimiento del procedimiento de contratación, acto que sí sería susceptible de recurso especial en materia de contratación. Es decir, el recurrente no da argumentos legales para rebatir las causas por las que se ha procedido a la no adjudicación definitiva del contrato al mismo, esto es, los defectos técnicos del proyecto; antes al contrario, se muestra dispuesto a corregir dichos defectos técnicos, por lo que implícitamente reconoce la existencia de los mismos.

Los argumentos del recurrente van dirigidos contra una supuesta resolución, que al no adjudicarle al mismo el contrato del que resultó en principio preadjudicatario, daría por finalizado el procedimiento de contratación; es decir, como si de una resolución de desistimiento se tratara y dicha resolución de desistimiento, que no sabemos si se ha producido, desde luego no es el acto recurrido porque en éste se acuerda la no adjudicación definitiva al preadjudicatario si bien, conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la licitación, no impide continuar el procedimiento con otro preadjudicatario.

Por ello, la resolución de no adjudicación no puede implicar el desistimiento del procedimiento de contratación, que de acuerdo con el artículo 155.4 del TRLCSP *“deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo*

*justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.*

En la resolución recurrida se hace alusión a un informe que emitió la Asesoría Jurídica de la Consejería de Agricultura y Pesca, el nº 34/2012 F, en el que tras analizar los vicios de nulidad en que incurre el PCAP, “termina recomendando requerir a la Comunidad de Regantes para que inicie un nuevo expediente de licitación de las obras de referencia, previo dar una nueva redacción al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, con advertencia a la Comunidad de que, en otro caso, se procedería por la Consejería a declarar la pérdida de la subvención concedida, al amparo de lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones, por incumplimiento de las condiciones”. Ello dio lugar al requerimiento hecho, en este sentido, por la Dirección General de Regadíos y Estructuras Agrarias a la Comunidad de Regantes el 25 de abril de 2012.

Precisamente, el recurrente fundamenta su recurso en rebatir los argumentos dados en el citado Informe 34/2012-F de la Asesoría Jurídica respecto a la nulidad de los PCAP y por tanto del procedimiento de contratación.

En base a ello, la Comunidad de Regantes deberá dictar resolución de desistimiento y esa resolución sí es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al ser un acto que impide continuar el procedimiento de contratación poniendo fin al mismo.

La inadmisión del recurso por no ser la resolución de no adjudicación al preadjudicatario un acto susceptible de recurso especial, determina que nos se entren a analizar los motivos de fondo en que el recurrente basa su recurso y que van referidos a las causas que, en su caso, motivarían el desistimiento del procedimiento de adjudicación y que podrán hacerse valer por el recurrente, en su caso, en el recurso contra la resolución de desistimiento.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **Este Tribunal**

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** Declarar la inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de empresas ARPO EMPRESA CONSTRUCTORA Y MAGTEL REDES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., contra la resolución de la Presidencia de la Comunidad de Regantes de la Zona Regable del Viar, de 16 de julio de 2012, por la que se acuerda no proceder a la adjudicación del contrato de obras del Proyecto “Casetas, contadores, distribución secundaria y obras e instalaciones complementarias” de la Modernización de la Zona Regable del Viar a dicha UTE, al haberse interpuesto contra un acto no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**LA PRESIDENTA**