Recurso 370/2022
Resolución 494/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 14 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A**. contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 16 de septiembre de 2022, por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Obras de colector de aguas fecales en la cornisa oeste de Mijas Pueblo, en el T.M. de Mijas, (expediente 0224C.O.), convocado por el Ayuntamiento de Mijas (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de julio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 8.899.778,51 euros. El 28 de julio de 2022 se procedió a publicar una corrección del mismo, postergando el momento de presentación de ofertas hasta el 28 de agosto, y fijándose como fecha para la apertura de la documentación administrativa el día 2 de septiembre de 2022.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada Ley.

El 16 de septiembre de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión de la entidad FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A.. al considerar, una vez tramitado el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, que su oferta es inviable.

El órgano de contratación ha notificado el 22 de septiembre a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, el acuerdo de la mesa de contratación, adoptado en la sesión celebrada el 16 de septiembre de 2022, por el que se acordó excluir a la entidad recurrente.

SEGUNDO. El 4 de octubre de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. contra la citada resolución de 16 de septiembre de 2022.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación con fecha 5 de octubre de 2022, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal el 10 de octubre de 2022.

El órgano de contratación ha puesto de manifiesto que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Mijas fue creado mediante acuerdo plenario de 30 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

SEGUNDO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone -desde el punto de vista del acto formalmente impugnado- contra la resolución de la mesa que acuerda la exclusión, respecto de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

TERCERO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

CUARTO. Competencia.

Procede analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que el acto impugnado procede de una entidad local andaluza.

En este sentido, el artículo 46.4 de la LCSP, dispone que «*En lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

En todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su

constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta Ley. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.».

Por otro lado, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, lo define en su artículo 1 como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las entidades locales de Andalucía o de sus entes adjudicadores vinculados, en el supuesto examinado por aplicación del segundo párrafo de la disposición estatal antes citada, hay que estar, por un lado, a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones pues, solo en el caso de que estas no opten por la creación de sus propios órganos, ni soliciten la asistencia de la Diputación Provincial, será cuando este Tribunal tenga competencia para resolver los recursos que se interpongan en esta materia, y por otro lado, al último inciso del párrafo tercero del citado artículo 46.4 de la LCSP, que dispone que los Ayuntamientos de los municipios que no sean de gran población, podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

En consonancia con todo lo anterior, el Ayuntamiento de Mijas parece que ha optado por crear un órgano propio, que es competente para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación, y de las reclamaciones que se interpongan contra los actos dictados en su ámbito municipal. Señalamos con dudas que parece, puesto que constan en los archivos de este Tribunal otros acuerdos del propio Ayuntamiento donde se ha puesto de manifiesto que a su vez ha optado por suprimirlo en una ocasión anterior. (Una al menos que se tenga conocimiento) así, consta que se acordó en el Pleno de 30 de junio de 2020 su supresión.

Ahora consta comunicación del órgano de contratación de 10 de octubre de 2022 afirmando que el mismo está constituido, no obstante, dados los antecedentes, se hace necesario interesar a dicho órgano su constatación, dados los antecedentes expuestos, a efectos de evitar el pronunciamiento por un órgano incompetente, dado que en tan exiguo plazo de tiempo el órgano parece haberse creado ya dos veces.

A mayor abundamiento, del mismo modo, y a efectos de aclarar posibles conflictos competenciales por determinados periodos transitorios entre la publicación de la licitación y la adjudicación o cualquier otro acto susceptible de recurso especial como las modificaciones que pudieren ser objeto de recurso especial, se hace necesario realizar la siguiente consideración abordando la cuestión de la competencia y la extensión de la jurisdicción de los órganos administrativos o Tribunales de resolución del recurso especial en materia de contratación, creados por la legislación nacional y autonómica, como exigencia del Derecho de la Unión Europea, desde el punto de vista de la naturaleza y caracteres del propio recurso especial, constituyéndose éste como garantía de independencia hacia los administrados.

A tal fin conviene abordar esta cuestión remontándonos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (Asunto C-393/92), donde el Tribunal identificaba seis

criterios que confieren la condición de *"órgano jurisdiccional"*: el origen legal del órgano; su permanencia; el carácter obligatorio de su jurisdicción; el carácter contradictorio del procedimiento; la aplicación de normas jurídicas y la independencia (considerando 21). De este modo, concluía que, la petición de justicia que se producía en el marco de un procedimiento tal, concluía con una decisión calificable con el carácter *"jurisdiccional"*. Apreciaba el carácter *"jurisdiccional"* de los órganos administrativos de control de la contratación pública, siempre que fueran órganos colegiados, integrados por funcionarios especializados, y que ejercieran sus funciones con independencia, sin estar sometidos a ningún tipo de instrucción. De esta jurisprudencia derivaba una serie de criterios determinantes de la naturaleza de *"órgano jurisdiccional"* (a los efectos de considerar que es posible que por estos órganos pudiera plantearse una cuestión prejudicial). Respecto de los caracteres señalados, por un lado, estaría el requisito del origen legal, es decir, el origen legal de la creación del órgano. En segundo lugar, sería la vocación de su nacimiento con carácter de permanencia, es decir que el mismo no hubiera sido creado *"ad hoc"* para conocer de un recurso o asunto concreto. En tercer lugar, el carácter de jurisdicción obligatoria, lo cual supone que las partes están obligadas a dirigirse al órgano remitente para la resolución de un litigio, en dos sentidos, ya sea porque las resoluciones que dicta son vinculantes y coercibles, así como cuando sus resoluciones administrativas sólo sean recurribles en vía contencioso-administrativa, es decir, que la Administración no pueda revocar sus resoluciones. Otras notas necesarias eran que el procedimiento fuera contradictorio (que los interesados pueden presentar escritos de alegaciones y pruebas en apoyo de sus pretensiones y solicitar la celebración de vista pública), que lleven a cabo la aplicación de normas jurídicas, así como el consabido carácter independiente (funciones desarrolladas con plena autonomía, sin vínculo de subordinación y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno).

Todos estos caracteres tienen un corolario común, ofrecer la garantía de la independencia y de mostrar, desde el inicio del procedimiento, cuáles son en efecto, todas las reglas sustanciales de desenvolvimiento de una determinada licitación. Así, el documento básico donde se han de plasmar estos caracteres como garantía de la transparencia, igualdad, y no discriminación son los pliegos, los cuales como veremos suponen determinadas exigencias que tienen la consideración de contenido de mínimo necesario que resultará invariable salvo que se produzca su previa modificación, siempre y cuando sea ello posible.

Es decir, los pliegos son los documentos básicos y esenciales de cualquier licitación pública que garantizan el desenvolvimiento de la licitación conforme a los principios y garantías legales que rigen el procedimiento. Los pliegos contienen los derechos y obligaciones de las partes, de tal modo que únicamente el contrato podrá completar (que no contradecir) los derechos y obligaciones y concretar el modo de ejercicio, en su caso de éstos. El artículo 139.1 LCSP, viene a reflejar legalmente el aforismo *"el pliego es ley del contrato",* siendo constante la mención por la doctrina y los tribunales de recursos contractuales al carácter obligatorio y plenamente vinculante de los pliegos para el órgano de contratación, para todos los licitadores y para el contratista, como "*Lex inter partes*". Ello supone la necesidad y obligación de que los órganos competentes sean rigurosos en su redacción, así como de los órganos de resolución del recurso especial en su aplicación.

Asimismo conviene hacer referencia al Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, en lo que se refiere a la regulación de la tramitación del recurso especial. En este sentido, establece su artículo 1. b) que el objeto de dicho reglamento es el desarrollo de la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación. Es conveniente recordar que en lo que se refiere al contenido de los pliegos, se señala en sus artículos 10 y 11 que será contenido mínimo de los pliegos el establecimiento de la atribución de la competencia del órgano a quien competa la resolución del recurso especial en materia de contratación. Esta idea lógicamente enlaza con las garantías de los administrados, y con la idea del "*juez ordinario predeterminado por la Ley*",

aplicable al ámbito del recurso especial, dada su naturaleza cuasi jurisdiccional, lo cual supone una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que comporta la predeterminación del órgano que ha de conocer de un asunto con anterioridad a la existencia o al surgimiento de la controversia concreta. Supone que la ley, con carácter previo a su actuación, haya creado el órgano y lo haya dotado de jurisdicción y competencia, cuestión que en el ámbito contractual únicamente puede garantizarse con su plasmación previa en los pliegos. En este sentido, el artículo 24 de la Constitución Española supone según repetida doctrina del Tribunal Constitucional *«que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 210/2009, de 26 de noviembre, y 220/2009, de 21 de noviembre, entre otras)»*.

De este modo, es el momento de publicación de los pliegos, la fecha en la que se determina el Tribunal competente. Sin perjuicio de ello, y dado el carácter de órgano competente con carácter subsidiario de este Tribunal en Andalucía, no será competente el tribunal que determinen los pliegos si por cualquier vicisitud que pudiere acaecer hiciere perder la competencia de ese Tribunal local para la resolución del recurso especial durante la tramitación del expediente, siendo competente este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Si la creación y puesta en funcionamiento se produce tras la fecha de publicación de un pliego, el nuevo Tribunal lo será a futuro para nuevas publicaciones de pliegos, pero no para aquel expediente de contratación cuya publicación se produjo antes de que se hiciera efectiva la puesta en funcionamiento del órgano especial de resolución de recursos. Todo ello en tanto en cuanto, con posterioridad a la publicación de los pliegos, es cuando surge la posibilidad a los interesados de haber conocido el alcance de los mismos, y porque no puede el órgano de contratación con ocasión de la interposición de un recurso concreto crear el Tribunal a efectos de impedir el conocimiento por el órgano de resolución del recurso especial originariamente competente.

La competencia por tanto, resulta ser del Tribunal competente en el momento de aprobación de los pliegos, pues de otro modo se posibilitaría a futuro la posibilidad de permitir cambiar la competencia de un determinado órgano administrativo de resolución del recurso especial en materia de contratación a capricho de cada Administración durante la fase de adjudicación, más aún siquiera sin modificación de los pliegos, y a resultas de las circunstancias concretas y casuística de cada licitación, en detrimento claro de la seguridad jurídica y garantías de las licitadoras, siendo el contenido de los pliegos, en lo referente a la competencia del órgano administrativo competente para resolver un recurso especial un contenido de carácter significativo que no ha resultado en ningún momento modificado, y que supone una clara garantía a favor de las licitadoras de acuerdo con el derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

Todo ello, y desconociendo otras circunstancias que las comunicadas por el órgano de contratación, determina que este Tribunal no tenga competencia para resolver el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 16 de septiembre de 2022, del contrato denominado “Obras de colector de aguas fecales en la cornisa oeste de Mijas Pueblo, en el T.M. de Mijas.

(Expediente 0224C.O.), convocado por el Ayuntamiento de Mijas (Málaga**)**, al no tener este Tribunal atribuida la competencia para su conocimiento y resolución.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Mijas.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.