Junta de Andalucía

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Recurso 216/2023
Resolución 315/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 2 de junio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.C.H.C.**, concejal del Grupo Municipal Unidos por Punta Umbría, contra la formalización del encargo, aprobado en el acuerdo del pleno de 29 de marzo de 2023, como medio propio a la entidad Gestión integral del Agua de Huelva S.A. (GIAHSA) de ejecución de las obras del proyecto de "Sustitución de redes de abastecimiento en calle Ancha, tramo Avenida de Andalucía, calle Virgen de Montemayor", (Expediente 1681/2023), promovido por el Ayuntamiento de Punta Umbría (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 11 de abril de 2023 se publica en el perfil de contratante de Sector Público el acuerdo del pleno del Ayuntamiento en el Boletín Oficial de la Provincia de Huelva (nº 77), de 25 de abril de 2023, por el que se formaliza el encargo el 29 de marzo de 2023, con la siguiente actuación concreta: "SUSTITUCIÓN DE REDES DE ABASTECIMIENTO EN CALLE ANCHA, TRAMO AVENIDA DE ANDALUCÍA-CALLE VIRGEN DE MONTEMAYOR".

Con fecha 11 de abril de 2023 se publica en el perfil de contratante del Sector Público el anuncio de formalización de encargo a medio propio.

SEGUNDO. El 28 de abril de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona recurrente contra la formalización del encargo.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 28 de abril de 2023, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Tribunal el 4 de mayo de 2023.

El 10 de mayo de 2023 mediante resolución de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del mencionado acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Punta Umbría, solicitada por la recurrente.

Con fecha 5 de mayo de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a la entidad GESTION INTEGRAL DEL AGUA DE HUELVA, S.A. (GIAHSA), en adelante entidad interesada, para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, las cuales fueron presentadas por dicha entidad en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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)y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Punta Umbría (Huelva) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, por sí o a través de la Diputación provincial, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

El recurso que se examina ha sido interpuesto por Don J.C.H.C., concejal miembro del GRUPO MUNICIPAL UNIDOS POR PUNTA UMBRÍA, constando junto con el recurso certificado del Secretario General Accidental de dicho Ayuntamiento, por lo que procede analizar la legitimación que ostentan los concejales de una Corporación municipal para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

El Ayuntamiento se opone a la legitimación activa en la interposición del recurso el Ayuntamiento, y señala en su informe al recurso que "*está sometido a un régimen especial de legitimación, dado que, en principio y salvo que la Ley lo autorice expresamente, no parece que se pueda litigar contra la propia Corporación, sobre todo si no se defienden intereses propios, como es el caso. El artículo 63 LRBRL y el 209 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) establecen un régimen especial de legitimación dentro del proceso contencioso-administrativo, régimen que se extendería, haciendo una interpretación extensiva de la Ley, al recurso de reposición previo al contencioso, en cuanto qué este es un presupuesto del ulterior proceso judicial (artículo 211 ROF). Pero el procedimiento especial en materia de contratación de la LCSP es, como se ha dicho, un procedimiento especial, con un régimen de legitimación específico que se establece en el artículo 48 LCSP, que no menciona a las personas pertenecientes a la Corporación autora del acto. En este sentido, ha de notarse que la única causa de legitimación que se alega es la de ser Concejal, y por tanto miembro, del órgano que aprobó el acto recurrido, pero no alega ningún derecho o interés legítimo que pudiera resultar perjudicado.*"

Al respecto, este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de manifestarse en las Resoluciones, entre otras, 89/2013, de 15 de julio, 165/2015, de 30 de abril y 151/2018, de 23 de mayo. En ellas se hace referencia a la regulación legal de la legitimación para la interposición del recurso. Actualmente, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 48 de la LCSP que dispone en lo que aquí concierne que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*».

Asimismo, las citadas Resoluciones se remiten al apartado b) del artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que *«Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:*
b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.».

En este sentido, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone en su artículo 24.6 que *«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.»*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente, en lo que se refiere a los miembros de las Corporaciones Locales, que *«existe una legitimación ex lege, que proviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de bases de régimen local»*.

Por ello, concluye el Tribunal Constitucional que *«el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación»*.

En el supuesto examinado, visto todo lo anterior, el concejal que formaliza el presente recurso como miembro del grupo municipal del Ayuntamiento es obvio que goza de legitimación activa para la interposición del recurso, dado que el mismo, junto con los de su grupo (GRUPO MUNICIPAL UNIDOS POR PUNTA UMBRÍA), constan que votaron en contra del acto que se impugna. (Documento 22 del expediente remitido).

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto del recurso es la formalización de un encargo a medio propio de importe superior al establecido para los contratos de servicios (100.000 euros), por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 (último párrafo) y 2 e) de la LCSP.

El órgano de contratación opone que el acto no es susceptible de recurso especial por las siguientes razones: *"Dicha obra tiene un presupuesto de ejecución de 397.374,90 €, según resulta de la misma publicación. El artículo 44.1 LCSP señala que, tratándose de contratos de obras, serán susceptibles de este recurso especial los actos y decisiones relacionados con este tipo de contratos cuto valor sea superior a 3 millones de euros, por lo que el recurso es, a todas luces, inadmisible. Nótese que el recurrente señala en la alegación correspondiente que se trata de un contrato de servicios (página 4 del recurso). Pero, seguidamente se contradice, y sólo 3 párrafos más adelante reconoce que se trata de un contrato de obras. Esta calificación del contrato como de obras se mantiene a lo largo de todo el recurso."*.

Sin embargo, no puede acogerse la alegación del órgano de contratación porque en el encargo concurren los requisitos que le hacen susceptible de impugnación a través de esta vía especial.

La entidad interesada viene a manifestarse en términos parecidos.

El artículo 44.1, último párrafo de la LCSP dispone que *«(…) serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación (...) los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios».*

En el supuesto analizado, se cumple claramente la previsión legal puesto que el importe del encargo es superior a 100.000 euros, que es el valor estimado fijado en el apartado a) del artículo 44.1 del texto legal para la sujeción al recurso especial de los contratos de servicios.

Y de otro lado, el artículo 44.2 e) de la LCSP establece la sujeción al recurso especial de la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. Por tanto, el ajuste a la legalidad del encargo a medio propio constituye la cuestión de fondo que debe dilucidarse a través de esta vía de impugnación.

CUARTO. 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, estima el Ayuntamiento que le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 211.3 ROF, que establece que en estos supuestos especiales el plazo para interponer el recurso de reposición comienza a contarse desde la fecha de la sesión en que se hubiera adoptado el acuerdo. Estima que "*en el presente caso, el acuerdo recurrido se adoptó con fecha 29 de marzo de 2023, por lo que el plazo de 15 días hábiles para la interposición que establece el artículo 50 LCSP, entendiendo que este plazo comenzaría a contarse desde dicho día; sobre todo si se tiene en cuenta que el concejal recurrente estuvo presente en la sesión plenaria que adoptó el acuerdo recurrido (se adjunta primera página del acta de dicha sesión plenaria).*"

Señala que, siendo "*el día de interposición del recurso (24 de abril de 2023), ya han transcurrido con creces los 15 días hábiles que marca la ley para la interposición del recurso y, por tanto, procedería igualmente la inadmisión".*
Aduce que "*de lo que se trata es de evitar el "espigueo procesal" que pretende el recurrente: de entrada, no estaría legitimado porque no se considera aplicable aquí el régimen especial de legitimación de los concejales, pero si se considera que este régimen especial es aplicable, debe serlo a todos los efectos, incluida la especialidad en el inicio del cómputo de los plazos".*

La entidad interesada viene a manifestarse en términos parecidos.

En nada puede dársele la razón al Ayuntamiento en este extremo, más aún cuando se trata de una formalización de encargo llevada a cabo desde el pleno del Ayuntamiento el cual hace una interpretación imposible de un precepto de carácter procesal.

El artículo 50.1 de la LCSP dispone que: *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la presente Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.".

El acuerdo de formalización del encargo que se recurre si bien fue adoptado el 29 de marzo de 2023 lo cierto es que consta la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 11 de abril de 2023, por lo que computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 28 de abril de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado e) de la LCSP.

En principio, por tanto, y siendo plenamente válida la publicación de la formalización del encargo en la plataforma de contratación del Sector Público el 11 de abril de 2023, y tomando dicha fecha como inicio del cómputo, el plazo de quince días hábiles habría finalizado el 4 de mayo de 2023.

Sin embargo, debe considerarse además que en el presente caso respecto de los plazos en la interposición del recurso, que la formalización del encargo anunciada carece del preceptivo pie de recurso y omite la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para su interposición. La publicación solo surte efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento de su contenido y alcance o interponga recurso. Así se deduce de la lectura combinada de los artículos 45.2 y 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, 2, que es subsidiariamente aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales, criterio que establece la Resolución 922/2021, de 22 de julio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como la Resolución 501/2022 de este Tribunal.

Con relación a la eficacia de las notificaciones defectuosas, conviene traer a colación nuestra Resolución 576/2021, de 23 de diciembre, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

« Se ha de tener en cuenta que al artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el 2 Reglamento), establece que «Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo (...). Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso

Las referencias anteriores al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al vigente artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al cual «Toda notificación (…) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».

Asimismo, el apartado tercero del citado artículo 40 de la Ley 39/2015, en consonancia con el mencionado artículo 19.5 del Reglamento, dispone que "*Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda".*

Pues bien, en el supuesto analizado se comprueba que no incluye pie de recurso, en el sentido de que no se hace mención a los recursos que resultan procedentes contra el mismo. Así las cosas, al no haberse indicado a la ahora recurrente, entre otras cuestiones, la posibilidad de presentar recurso especial, ha de considerarse como "dies a quo" en el cómputo del plazo para su interposición, el día en que la persona interesada realice actuaciones que supongan no solo el conocimiento del contenido sino también el alcance algo que solo puede darse con el examen de lo formalizado, lo que no siempre ha de coincidir con el acuerdo del encargo, pues habría de demostrarse por parte de quien alega dicho conocimiento cual fue el alcance del conocimiento, cuestión que habría de acreditar fidedignamente, y no solo alegarlo.

A mayor abundamiento se dirá que este criterio coincide con la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales (Resolución 922/2021, de 22 de julio, entre otras) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 18-5-2012, rec. 6014/2008; 19 de diciembre de 2008, RC 6290/2004), que establece que la confusión o el error en el ofrecimiento de los recursos imputable a la Administración, no puede perjudicar a la recurrente, en aras de garantizar el principio de tutela efectiva y acceso a los recursos.

Así las cosas, ha de considerarse como dies a quo en el cómputo del plazo para su interposición, el día en que el concejal recurrente realizó actuaciones que supusieran el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso, circunstancia que según consta en el expediente, se produce en el momento de la interposición del recurso especial que se analiza, debiendo rechazarse, por inconsistente cualquier argumento sobre la extemporaneidad.

Por lo expuesto, este Tribunal no aprecia la causa de inadmisión alegada, y procede, por tanto, entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Se ha de partir del ámbito legal del recurso concreto contra la formalización del encargo. El reconocimiento en la LCSP de ser objeto del recurso especial se encuentra en el artículo 44.2 e), cuando señala que son susceptibles de recurso especial la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. El hecho de que el artículo 40 c) al referirse a las causas de anulabilidad se ciña en el caso de los encargos a que éstos no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio, no debe suponer que el control deba entenderse limitado únicamente a estos apartados. Procede por tanto el examen de acuerdo con lo previsto en el citado artículo de que el encargo cumple los requisitos legales, que a estos efectos son todos aquellos que regula el artículo 32[1] en toda su extensión, si bien

[1] *"Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.*
1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato."
El apartado 2 del citado artículo 32 establece los requisitos para tener la consideración de medio propio, que se desarrollan de manera pormenorizada. Estos requisitos son: "*2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:*
a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. (...)
b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la

de acuerdo con el principio de justicia rogada y congruencia respecto del recurso especial interpuesto. Es decir, los requisitos son los siguientes:

1. La conceptuación propia del encargo de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1.
2. El requisito del control (artículo 32.2.a), o exigencia de que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios.
3. El requisito de la actividad (artículo 32.2.b y 32.4., b)), que implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80%, se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.
4. Exclusión de capital privado en el medio propio que sea una personificación jurídico- privada (artículo 32.2.c y 32.4 c).
5. Requisito formal: que la condición de medio propio se reconozca expresamente en sus estatutos o normas de creación (artículo 32.2.d) y 32.4.c).

Es importante tener en cuenta el Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 75/2017 el cual señala:

"En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptar y ejecutar los encargos por el ente que los recibe, y no lo contrario (en correcta interpretación de la doctrina fijada en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, Cabotermo). Control análogo que es de carácter funcional y no formal — no basta con la mera declaración legal—, que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la citada Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (Parking Brixen)".

El artículo 2.II de los Estatutos de la entidad GIAHSA establece: "*se reconoce expresamente a la Sociedad la condición de medio propio y servicio técnico de la Mancomunidad Titular y de los municipios en ella integrados"(…).*

"A estos efectos, la Mancomunidad Titular y los municipios en ella integrados podrán conferirle encomiendas de gestión que serán de ejecución obligatoria para la Sociedad de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y mediante la retribución que se fije por referencia a tarifas aprobadas por Mancomunidad. La Mancomunidad Titular y los municipios en ella integrados podrán adjudicar contratos a la Sociedad de acuerdo con las tarifas aprobadas por aquélla.
La Mancomunidad Titular podrá establecer reglas adicionales respecto a las encomiendas que pueden conferirse a la Sociedad y sobre las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.
La Sociedad no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que es medio propio.".

Es por tanto una sociedad anónima constituida por la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, cuyo capital le pertenece íntegramente y, por tanto, es de naturaleza pública.

---

entidad que hace el encargo.(…)
c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:
1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.
2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social."

El accionista único de dicha sociedad es la Mancomunidad de Servicios respecto de GIAHSA, la cual está constituida por 69 municipios de la provincia de Huelva.

1. Alegaciones de la recurrente.

Alega una serie de motivos del recurso, que pasamos en síntesis a señalar, y que en cualquier caso quedan reproducidos en el escrito de recurso, citando que con ocasión del encargo pone en duda distintos actos anteriores de la mancomunidad, de los que toma razón el Ayuntamiento en el Pleno, pero que no son adoptados por éste. Vendría a poner en duda determinadas actuaciones de la mancomunidad, que repercutirían en la financiación en su caso del encargo formalizado, en concreto el fundamento de derecho segundo que lleva como rúbrica: "*nulidad formalización del encargo como medio propio por nulidad previa de los acuerdos que habilitan la financiación de las obras objeto del encargo. cuestión litigiosa previa",* siendo dichos acuerdos de 12 de mayo de 2022 donde se toma razón de actos previos de un "*Contrato de Préstamo y del Contrato de Garantías*" otorgado con fecha 28 de abril de 2022 entre otras cuestiones, denuncia la existencia de una cuestión litigiosa previa, por haberse vulnerado el artículo 48 y 54 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

El recurso realiza una serie de argumentaciones relativas a distintas cuestiones que se refieren a actos que no proceden de la entidad que realiza el encargo, de tal modo que no se centra ni en la formalización del encargo, ni por tanto en los requisitos propios de formalización del encargo.

a) Ahonda en la legalidad de "*los acuerdos que habilitan la financiación de las obras objeto del encargo*" (motivo segundo del recurso).
b) Alega sobre la legalidad de un "*contrato de préstamo y de garantía ambos de fecha 28 de abril de 2022…".* (Motivo 2, apartados 1 a 11 del recurso). Acuerdos adoptados por GIAHSA, y la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, y Banco de Santander.
c) El Plan de Inversión Municipal de Punta Umbría aprobado igualmente el 29 de marzo de 2023.

Únicamente tomaremos en consideración algunas cuestiones que sean propias del recurso especial con relación, como podría ser el hecho de que el Ayuntamiento no sería accionista directo de la sociedad mercantil (a los efectos del control análogo), o bien porque también alega la cuestión relativa a la posibilidad de que no existiere suficiente crédito.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Expresa que ninguna de las alegaciones que se contienen en el recurso especial tienen cabida en el procedimiento especial regulado en la LCSP.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

La entidad interesada se opone a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidas. En síntesis, basa su oposición al recurso señalando que la persona recurrente no cuestiona el cumplimiento de los requisitos legales para la formalización de encargos a medios propios (art. 44.2.e. LCSP). Por otra parte, señala la existencia de prejudicialidad, alegando que "*el recurrente ha impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones administrativas y los contratos civiles frente a los que dirige su recurso especial".*

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Antes de analizar los distintos motivos que fundamentan el recurso, es preciso delimitar el alcance de la actuación de este Tribunal a la hora de ejercer su función revisora de los encargos. El artículo 44.2 e) de la LCSP dispone, como antes se ha señalado, que podrán ser objeto del recurso la formalización de los encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. De esta manera, y como premisa previa en la delimitación del alcance de la función revisora de este Tribunal, hemos de precisar que aquella se ha de limitar a la revisión de la adecuación al ordenamiento jurídico (artículo 57.2 de la LCSP), de la formalización de los encargos a medios propios sin que, en consecuencia, pueda entrar a conocer de aquellas cuestiones de oportunidad que entrarían dentro del ámbito de configuración del órgano que realiza el encargo, como es la de optar por la realización del encargo en vez de acudir a una licitación pública. Correspondería, en consecuencia, a este Tribunal, comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos sobre la base de los motivos de impugnación que fundamentan el recurso.

A título ilustrativo, en primer lugar, una cuestión previa, sería poner de relieve si GIAHSA debe ser considerada en todo caso medio propio del Ayuntamiento, cuando consta y es aceptado por las partes que es la Mancomunidad quien es la única accionista de dicha entidad mercantil. Es decir, no se cuestiona si existe verdaderamente el concepto del control análogo, dada la configuración de sus Estatutos, pues aun cuando se reconoce la posibilidad de poder realizar encargos por cada uno de los municipios consorciados, y si bien formalmente podría defenderse su control, materialmente podría hipotéticamente haberse cuestionado dicho control, cuestión ésta que no es objeto de controversia pues no ha sido alegada por la persona recurrente no pudiendo entrar el Tribunal en ello.

En segundo lugar, a título ilustrativo podría haberse puesto de manifiesto si existe coincidencia del objeto del encargo con relación al objeto social de GIAHSA, algo que tampoco se realiza. Asimismo, podría haberse ahondado sobre la justificación de las circunstancias excepcionales recogidas en el artículo 32 LCSP o en el art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, es decir la persona recurrente no manifiesta la improcedencia del encargo ante la posible falta de justificación de que los medios propios sean más eficientes, sostenibles y eficaces sin que en el expediente se hayan concretado posibles razones de seguridad pública o de urgencia, derivadas. En el recurso no se incide sobre las cuestiones relacionadas con los requisitos legales que configuran un encargo, como supuesto de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, es decir, sobre el control de las exigencias que deben cumplir estas entidades para evitar adjudicaciones directas que menoscaban el principio de libre competencia, a efectos de observarse los requisitos del artículo 32 de la LCSP y de la DA 24ª. Sobre tal base, el recurso especial interpuesto por el recurrente no entra a cuestionar si dichos requisitos se cumplen en el presente supuesto, es decir no se pone en duda sobre si está acreditado los requisitos habilitantes para conferir la obra objeto del encargo, por ejemplo, si existen o no dichos motivos de seguridad expuestos en la memoria del encargo.

Por ello, y como sostenemos, la función de este Tribunal debe estar presidida por el principio de congruencia, que exige resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso y absteniéndose de hacerlo respecto de las que no lo hubieran sido.

El artículo 57.2 de la LCSP contiene la exigencia expresa de congruencia para las resoluciones que dicten los Órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación. Así señala que «*La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante*

el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.»

La congruencia en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 532/2008, de 5 junio, es abordada señalando que es *"numerosa la jurisprudencia de esta Sala que se ha pronunciado para determinar qué ha de entenderse por congruencia, siendo reseñable la reciente Sentencia de 19 de noviembre de 2007 (Recurso 4394/2000), con cita de otras tantas, que establece que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 30 de noviembre de 2006, y 18 de diciembre de 2006. (…) y forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución como ha señalado la jurisprudencia constitucional (SSTC 54/1985, de 18 de abril) pero no implica «un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia con las alegaciones o fundamentaciones de las partes".*

En este sentido, la resolución del recurso especial en materia de contratación, si no es congruente afectaría al principio de contradicción mediante una modificación sustancial de los términos del debate procesal que se traduce en indefensión de las partes que, por no haber podido prever el alcance y el sentido de la controversia, se ven en la imposibilidad de alegar o actuar en apoyo de sus derechos o intereses sin que pueda confundirse la incongruencia con falta de motivación. Debe tenerse especialmente en cuenta, en el ámbito administrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1999 que señalaba:

«La congruencia es un concepto jurídico procesal por el que el juzgador queda obligado a decidir todas las pretensiones deducidas en el pleito. La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo precisa, con insistencia, que el principio de congruencia en la jurisdicción contencioso-administrativa es más riguroso que en la jurisdicción civil, porque en ésta la congruencia debe ceñirse a la demanda y demás pretensiones deducidas en el pleito (art. 359 LECiv) y en aquélla hay que tener en cuenta los motivos que sirven de fundamento a la pretensión o a la oposición del demandado (SSTS, Sala Tercera, entre otra de 9 de abril de 1987 , 22 de diciembre de 1989 y 15 de noviembre de 1990). Por ello, en la Sentencia de fecha 13 de julio de 1998, se hicieron las siguientes consideraciones: el art. 43.1 de la Ley Jurisdiccional dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro de las pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición: por ello, el artículo 80 de la Ley Jurisdiccional manda que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas en el proceso. Es evidente que dichos preceptos legales exigen que las sentencias que se dicten sean respetuosas con el principio de congruencia, que es principio ligado al derecho de defensa (SSTC 5/1986 y 75/1988). El principio de congruencia mira directamente a que entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia exista el debido ajuste o adecuación (SSTS, entre otras, de 13 de junio de 1981, 15 de septiembre de 1986, 14 de mayo de 1988 y 19 de noviembre de 1994), por lo que el juzgador debe resolver dentro de los límites de las pretensiones de las partes, sin alterar el marco general de las cuestiones planteadas (SSTS, entre otras, de 27 de junio de 1988 y 27 de marzo de 1990), y que en las sentencias se decidan todos los pedimentos (STS 29 de septiembre de 1988).»

Es decir, que las resoluciones del Tribunal encargado de resolver el recurso especial pueden únicamente entrar a conocer de aquellas pretensiones o peticiones planteadas por las recurrentes, pero no respecto de otras no planteadas, sin perjuicio de que la resolución sobre dichas pretensiones pueda fundamentarse en argumentos jurídicos distintos de los planteados, argumentos que por supuesto deben ser examinados, aunque sea para no tenerlos en cuenta.

En este sentido, y también a título ejemplificativo, no es infrecuente que habiéndose planteado un recurso contra un acto de adjudicación o de valoración del procedimiento de contratación, se aprecie que el defecto aducido respecto del acto impugnado proviene de un acto anterior, fundamentalmente de los pliegos. En tales casos en virtud del principio de congruencia que estamos examinando, el Tribunal aun apreciando la no adecuación a derecho de un acto no impugnado no se pronuncia sobre la misma. Es el caso claro de los pliegos que no habiendo sido impugnados son la causa de la anulabilidad de un acto. En este caso además de la indicada incongruencia nos encontraríamos ante un acto consentido, para el supuesto de que se intentaran hacer valer cuestiones relativas a los pliegos en un momento en que hubiera pasado el plazo para la interposición del recurso contra los mismos.

De todas las cuestiones suscitadas en el recurso, en las cuales este Tribunal no puede entrar a juzgar por no ser competente, en estricto sentido técnico jurídico, no podemos concluir que se refiere a ninguna de las cuestiones propias de la formalización de los encargos, es decir, no se ponen de relieve posibles infracciones referidas a dicha figura jurídica.

Únicamente podría haberse puesto en entredicho dichas actuaciones cuando se ha alegado que el acuerdo de 9 de marzo de 2023 por el que el Pleno del Ayuntamiento de Punta Umbría aprobó el Plan de Inversión Municipal está recurrido en vía administrativa sin que se haya resuelto. Pues bien, como reconoce la propia recurrente solo se ha interpuesto hasta la fecha recurso potestativo de reposición contra él y si bien está solicitada la suspensión, no se ha acreditado que se haya otorgado la misma, ni se ha acreditado que la misma pueda estimarse concedida conforme al artículo 117.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[2] (el 27 de abril de 2023). Es decir, no se ha acreditado la suspensión.

Es decir, solo en el caso en el que se hubiera producido esa suspensión, bien otorgada expresamente (administrativa o judicialmente) o bien automáticamente, obviamente supondría la nulidad sobrevenida de la formalización del encargo ex artículo 39.2 b) LCSP, por faltar el crédito presupuestario suficiente, ya que estaría suspendido el punto tercero de dicho acuerdo que contiene la siguiente expresión:

"*TERCERO. - Que conforme a la cláusula QUINTA del Convenio de 26-10-2022 suscrito entre la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, Gestión Integral de Agua de Huelva, Sociedad Anónima y el Ayuntamiento de Punta Umbría para la ejecución del Plan Estratégico para la Mejora de las Infraestructuras Hidráulicas y Planes de Inversión Municipal, se acuerda que los compromisos económicos asumidos por las partes obedezcan al siguiente detalle:*
A) Compromisos del Ayuntamiento de Punta Umbría: La aportación de TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TRECIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS DE EURO (397.374,90€), sin IVA, mediante la detracción por GIAHSA de las aportaciones capitalizables del importe del canon concesional que abone al Ayuntamiento de Punta Umbría durante el periodo 20212037, conforme a los términos de la Operación de Financiación y realizar las actuaciones de mejora y modernización de las Redes de su titularidad conforme a los compromisos asumidos en la Concesión Demanial".

No estando acreditada dicha suspensión no puede declararse con ocasión de este recurso que la misma haya quedado anulada de forma sobrevenida por dicha causa.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

[2] Que no contra la formalización del encargo, pues es una posibilidad vedada por el artículo 44.5 LCSP.

SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa solicitada por la entidad interesada.

La entidad interesada en su escrito de alegaciones, tras citar el artículo 58 de la LCSP, solicita la imposición de multa a la recurrente en los siguientes términos: *"El incumplimiento de hasta cuatro (4) requisitos de admisión del recurso especial en materia de contratación y el empleo de este recurso, potestativo y de carácter especial, para ejercer la acción política frente al gobierno municipal de Punta Umbría son razones suficientes para imponer la multa solicitada".*

Así, la adjudicataria basa la temeridad en los motivos de inadmisión, no habiendo sido ninguno de ellos estimados.

Conforme a lo expuesto, a pesar de que el recurso especial verdaderamente en su mayor parte hace alusiones a cuestiones anteriores con relación a la concesión demanial de la que disfruta la entidad interesada, actos procedentes de sujetos distintos al órgano de contratación del presente caso (Ayuntamiento de Punta Umbría), y actuaciones realizadas fuera de cualquier procedimiento de contratación, a los que les irroga vicios de nulidad, no obstante, como se ha expuesto al final del fundamento de derecho anterior existiría la posibilidad de una nulidad sobrevenida del encargo que este Tribunal no ha podido apreciar, dada la fecha en la que se interpuso, lo que fundamenta que se pueda predicar cierta viabilidad del recurso a priori, a pesar de que no se ha podido acreditar dicha suspensión.

En definitiva, este Tribunal no aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa solicitada por la entidad interesada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.C.H.C.**, concejal del Grupo Municipal Unidos por Punta Umbría, contra la formalización del encargo, aprobado en el acuerdo del pleno de 29 de marzo de 2023, como medio propio a la entidad Gestión integral del Agua de Huelva S.A. (GIAHSA) del acuerdo del pleno de 29 de marzo de 2023, por el que se procede a realizar el encargo como medio propio a la entidad Gestión integral de Agua de Huelva S.A. (GIAHSA) de ejecución de las obras del proyecto de "Sustitución de redes de abastecimiento en calle Ancha, tramo Avenida de Andalucía, calle Virgen de Montemayor", (expediente 1681/2023).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 10 de mayo de 2023.

TERCERO. 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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.