

Recurso 462/2023
Resolución 475/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 28 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **EIFFAGE ENERGÍA, S.L.U. y RICAMPO, S.L.** presentadas en compromiso de Unión Temporal de Empresas contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 18 de septiembre de 2023 por la que resulta excluida del procedimiento de contratación denominado “Instalación solar fotovoltaica de la Comunidad de Regantes San Marcos, T.M Torrequebradilla. Villatorres (Jaén)”, Expediente AM-23-2022-003, convocado por la Comunidad de Regantes San Marcos, (Jaén), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de agosto de 2023, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 152 el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. El presupuesto base de licitación del contrato, (IVA incluido), asciende a 1.597.463,93 euros, según se indica en el citado anuncio y en el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

SEGUNDO. El 27 de septiembre de 2023, tiene entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por las entidades EIFFAGE ENERGÍA, S.L.U. y RICAMPO, S.L., presentadas en compromiso de Unión Temporal de Empresas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

1.Consideración de la comunidad de regantes como poder adjudicador.

El primer presupuesto a analizar para la admisión del recurso como especial en materia de contratación interpuesto es la competencia de este Tribunal para su conocimiento.

En este sentido, el Tribunal considera que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP -sobre el recurso especial en materia de contratación- al presente procedimiento de licitación en tanto que el precepto exige en su apartado primero que los actos o decisiones que se pretendan combatir deben de proceder de una Administración Pública o de un poder adjudicador, naturaleza que no se corresponde con la propia de la comunidad de regantes.



El artículo 81.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA, en adelante) establece que los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma o concesión deberán constituirse en comunidades de usuarios y que cuando el destino dado a las aguas fuese principalmente el riego, se denominarán comunidades de regantes. Asimismo, dispone que los estatutos u ordenanzas se redactarán y aprobarán por los propios usuarios, y deberán ser sometidos para su aprobación administrativa al Organismo de Cuenca.

Asimismo, el artículo 82.1 del TRLA dispone que *“Las comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de Cuenca, que velará por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento. Actuarán conforme a los procedimientos establecidos en la presente Ley, en sus reglamentos y en sus estatutos y ordenanzas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”* -referencia esta última que debe entenderse hecha a la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La comunidad de regantes como tales se encuentran adscritas a un Organismo de Cuenca.

La LCSP, establece en su artículo 3, referente al ámbito subjetivo, en su apartado 5, que *“Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo.”* La letra d) del artículo 3.3 de la LCSP dispone:

*“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 consecuencia, para determinar si las Comunidades de Regantes ostentan la condición de poder adjudicador será necesario determinar si cumplen los requisitos del artículo 3.3.d) de la LCSP.

Partiendo de que no ofrece dudas que nos encontramos ante entidades con personalidad jurídica propia que han sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, así como que se encuentran adscritas a un poder adjudicador, habremos de centrarnos en si concurre alguno de los tres supuestos que, de manera alternativa, se contemplan al final del párrafo.

Una comunidad de regantes no se financia con fondos públicos, sino con las derramas de sus comuneros, siendo la Junta General la que aprueba anualmente los presupuestos de gastos e ingresos, y las derramas (artículo 216 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril -en adelante RDPH-

Al objeto de apreciar la concurrencia de este requisito debemos acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en particular a la Sentencia de 12 de septiembre de 2013, IVD *Ärztammer Westfalen-Lippen*, que realiza un desarrollo pormenorizado sobre qué haya de entenderse por financiación mayoritaria de una entidad por un poder adjudicador. La sentencia considera como tal la transferencia de medios financieros realizada sin contrapartida específica, con el objetivo de apoyar las actividades de la entidad de que se trate. No



se da dicha situación en la comunidad de regantes, que debe aprobar sus presupuestos y financiarse con las derramas.

Por otro lado, en cuanto a una posible financiación indirecta, en los términos de la mencionada sentencia, este Tribunal considera que tampoco se da, si atendemos a la considerable autonomía que las comunidades tienen por ley para determinar la naturaleza, el alcance y las modalidades de ejecución de las acciones que acomete para el cumplimiento de sus funciones, y por tanto para fijar su presupuesto y el importe de las derramas.

En definitiva, no consta que un poder adjudicador financie mayoritariamente a la comunidad de regantes.

En cuanto al segundo de los requisitos, que ningún poder adjudicador nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, cabe indicar que, de conformidad con el artículo 84.1 del TRLA, los órganos de las Comunidades son: la Junta General o Asamblea, la Junta de Gobierno y uno varios Jurados. Corresponde a la Junta General o Asamblea nombrar al presidente, vicepresidente, vocales de la Junta de Gobierno y del Jurado, y secretario (artículo 216.3 del RDPH). En consecuencia, tampoco concurre este requisito.

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 de 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 revisarla 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 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.

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 consecuencia, consideramos que la comunidad de regantes que ha publicado la licitación no tiene la condición de poder adjudicador, no siendo por tanto sus actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1 de la LCSP.

2. Competencia del Tribunal por la consideración de contrato subvencionado.

No obstante lo anterior, estando el presente contrato subvencionado por la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, a la hora de determinar la competencia de este Tribunal, procede también examinar si el contrato en cuestión es o no un contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada, y ello en virtud del artículo 47, de la



LCSP, “Recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y en relación con contratos subvencionados”, que en su apartado 2 dispone que *“En los contratos subvencionados –a que se refiere el artículo 23 del citado texto normativo- la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado.”*

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.

Según resulta el contrato en cuestión tiene por objeto una obra de las definidas en el artículo 13 de la LCSP, encontrándose la misma incluido en la sección F y División 45 referida a la “Construcción”, en el Grupo 45.2 “Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil”, estando incluida en ellas las instalaciones urbanas de tuberías, redes de energía y de comunicaciones, lo cual podría considerarse dentro de su ámbito.

Estando subvencionado según señala el pliego, en un 92,5% por la Junta de Andalucía (cofinanciada por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) al 75%), en cualquier caso, el valor estimado es muy inferior al umbral.

Así pues, al tratarse de un contrato subvencionado que no supera el umbral del artículo 23 de la LCSP, no es por tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 44 de la LCSP, no resultando competente este Tribunal para su resolución.

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.

SEGUNDO. Remisión al órgano competente

Finalmente, por razones de economía procesal y en atención al principio de colaboración interadministrativa, al no ser la comunidad de regantes un poder adjudicador, ni encontrarnos ante un contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada, procede remitir el escrito de recurso presentado ante este Tribunal al órgano competente, por parte de la comunidad de regantes, en base a lo establecido en los artículos 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 116 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 84.5 del TRLA .

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



ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **EIFPAGE ENERGÍA, S.L.U. y RICAMPO, S.L.** presentadas en compromiso de Unión Temporal de Empresas contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 18 de septiembre de 2023 por la resulta excluida del procedimiento de contratación denominado “proyecto instalación solar fotovoltaica de la Comunidad de Regantes San Marcos, T.M Torrequebradilla. Villatorres (Jaén)”, Expediente AM-23-2022-003, convocado por la Comunidad de Regantes San Marcos, (Jaén), al no tener este Tribunal atribuida la competencia para su conocimiento y resolución, ni ser el contrato subvencionado objeto de la competencia del Tribunal por su cuantía.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso a la comunidad de regantes para que se remita y tramite ante el Organismo de Cuenca al que se encuentra adscrita la comunidad de regantes.

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.

