

Recurso 442/2018**Resolución 12/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BORU SUPPLY, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Concurso para la ejecución del proyecto de puesta en riego del sector sureste de la Comunidad de Regantes Andévalo Fronterizo (Huelva)” (Expte. PP.3088/2018), convocado por la Comunidad de Regantes Andévalo Fronterizo (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 22 de noviembre de 2018, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 226 el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento, publicándose asimismo, en el citado Boletín Oficial el 7 de diciembre de 2018, una corrección de errores de dicho anuncio.



El presupuesto base de licitación del contrato (IVA incluido) asciende a 27.200.533,95 euros, según se indica en el citado anuncio y en el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

SEGUNDO. El 14 de diciembre de 2018, ha tenido entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por la entidad BORU SUPPLY, S.L. contra los pliegos que rigen la presente licitación, solicitando en el mismo la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del presente contrato.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 17 de diciembre de 2018, se dio traslado del escrito de recurso presentado al órgano de contratación, solicitándole la remisión del expediente de contratación, informe al recurso, las alegaciones a la medida cautelar instada por la recurrente y listado de licitadores que han participado en el procedimiento con los datos necesarios a efecto de notificaciones, recibándose el 19 y 21 de diciembre de 2018, la documentación solicitada a excepción del listado de licitadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El primer presupuesto a analizar para la admisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto es la competencia de este Tribunal para su conocimiento, cuestión que se plantea de forma particular en el escrito de recurso. Por su parte la Comunidad de Regantes niega dicha competencia.

La recurrente en su escrito de recurso, alegación segunda, sostiene la competencia de este Tribunal en base a una Sentencia de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que reproduce pero sin ofrecer más datos, y en la condición de poder adjudicador que tienen este tipo



de comunidades, incluidas pues en el sector público en base a la referencia general del artículo 3.3.d) de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Públicos (en adelante, LCSP).

A continuación añade que, al margen de ello, la competencia del Tribunal vendría determinada por encontrarnos ante un contrato subvencionado por la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, sujeto a regulación armonizada, debido a su concepto y cuantía, conforme se establece en los artículos 46 y 47 de la LCSP. Cita igualmente el Decreto 332/2011 y la Orden de 14 de diciembre de 2011 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Añade que, conforme a las bases de la subvención (publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía n.º 145, de 31 de julio, pág. 85 y siguientes), esta asciende al 60% del gasto elegible, de manera que en aplicación del artículo 47 de la LCSP, la competencia correspondería a este Tribunal.

Por su parte, la Comunidad de Regantes, en su escrito, considera que el acto no es susceptible de recurso especial, ya que la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes como Corporaciones de Derecho Público no implica necesariamente su sometimiento a la LCSP, al no ser poderes adjudicadores en todo caso. Alega que el artículo 3.5 de la LCSP remite al cumplimiento de los requisitos del artículo 3.3.d), y a continuación realiza un análisis de la concurrencia de dichos requisitos, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Respecto del carácter armonizado del contrato, la Comunidad de Regantes lo niega, ya que la ayuda concedida para la ejecución de la obra no supera el 44% de la inversión.

SEGUNDA. Expuestas las alegaciones de la partes, procede analizar la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso. 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-.

Los estatutos de la Comunidad de Regantes Andévalo Fronterizo fueron aprobados por la Confederación Hidrográfica del Guadiana por Resolución de su Presidencia, de 16 de noviembre de 2004, encontrándose adscrita inicialmente a dicho Organismo de Cuenca. En la actualidad la Comunidad se encuentra adscrita a la Demarcación Hidrográfica de los Ríos Tinto, Odiel y Piedras, dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía.

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.

Comenzando por la financiación, la Comunidad alega que este tipo de entidades 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-). Examinados los estatutos, se comprueba que recogen todos estos extremos. 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 Ärztkammer 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 aprueba sus presupuestos y se financia 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, en función de los datos de que dispone este Tribunal, 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 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 recursosalzada es un control de legalidad a posteriori, de manera que el Organismo de Cuenca no tiene capacidad de influir con carácter previo a la adopción de las decisiones, pudiendo exclusivamente revisarlas con ocasión de la interposición de un recurso de alzada. Cabe añadir que, en consecuencia, la facultad de revisión no recaería sobre toda la actividad de la comunidad, sino únicamente sobre aquella que es recurrida.

Por otro lado, siguiendo la Sentencia Adolf Truley, estas facultades no suponen un control que origine una dependencia de la comunidad frente al Organismo de Cuenca equivalente al que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos: que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que estos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos.

Si a todo ello se añade la autonomía que la normativa atribuye a las Comunidades de Regantes para la gestión de sus funciones (artículo 81.1 del TRLA y 199.2 del RDPH) se llega a la conclusión de que no se cumple tampoco el requisito del control.

No obsta a esta conclusión la Sentencia núm. 398/2011, de 1 de febrero, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo invocada en el recurso, ya que dicho pronunciamiento debe ser entendido en sus justos términos, es decir, en el análisis de si concurría la causa de inadmisibilidad del artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a saber, la legitimación de una Comunidad de Regantes para recurrir un acto de la Confederación Hidrográfica a la que se encuentra adscrita. Es en este contexto en el que el Tribunal Supremo concluye que *“las Comunidades de Regantes forman parte de la*



denominada Administración Corporativa, caracterizados por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero que a la vez que satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta pública-privada, al igual que otro tipo de entidades asociativas previstas en nuestro ordenamiento como son los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y las extinguidas Cámaras de la Propiedad Urbana.”

No es este el marco normativo en el que ha de determinarse la competencia de este Tribunal, sino la LCSP, y en particular, el artículo 44 en relación con el ámbito subjetivo regulado en su artículo 3.

En consecuencia, consideramos que la Comunidad de Regantes que ha publicado la licitación no tiene la condición de poder adjudicador, no siendo por tanto susceptible el pliego de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1 de la LCSP.

TERCERA. No obstante lo anterior, estando el presente contrato subvencionado por la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural -tal y como se indica en el correspondiente PCAP- 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 5.548.000 euros.

Según resulta del expediente remitido, el contrato en cuestión tiene por objeto una obra de las definidas en el artículo 13 de la LCSP , encontrándose el mismo 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”, y está subvencionado por la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, por un importe de 12.375.481,30 euros, inferior al 50% del presupuesto de inversión aceptado, que es de 27.200.533,95 euros, que coincide con el presupuesto base de licitación.

Así pues, al tratarse de un contrato no subvencionado en más de un 50% de su importe por la Junta de Andalucía, el mismo no cumple uno de los requisitos del



artículo 23 citado, no siendo por tanto susceptible el pliego 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.

CUARTA. Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso contra el pliego por no ser susceptible de recurso especial, que determina la incompetencia de este Tribunal para su resolución, lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad así como el emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada e impide el examen de la cuestión de fondo.

Asimismo, 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 especial presentado ante este Tribunal al órgano competente, 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 la entidad **BORU SUPPLY, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Concurso para la ejecución del proyecto de puesta en riego del sector sureste de la Comunidad de Regantes Andévalo Fronterizo (Huelva)” (Expte. PP.3088/2018), convocado por la Comunidad de Regantes Andévalo Fronterizo (Huelva), al no tener este Tribunal atribuida la competencia para su conocimiento y resolución.



SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso especial al Organismo de Cuenca al que se encuentra adscrita la Comunidad de Regantes Andévalo Fronterizo.

TERCERO. Notificar 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.

