

Recursos 391/2023
Resolución 453/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de septiembre de 2023

VISTO el escrito presentado y numerado como recurso 391/2023, interpuesto por la persona física **J.J.d.I.T.L.**, concejal del Grupo Municipal de VOX Almonte, respecto de un acto atribuible al Ayuntamiento de Almonte (Huelva) con relación a los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de los núcleos de Matalascañas y El Rocío, y los de alcantarillado y depuración del núcleo de Almonte, atribuibles al Pleno del Ayuntamiento de Almonte (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Este Tribunal ha conocido, en fechas recientes, de tres recursos, que fueron los enumerados como 85/2023, 113/2023 y 120/2023 relacionados con el objeto del presente recurso. Los mismos fueron acumulados por este Tribunal y resueltos en una misma resolución el día 14 de abril de 2023, la Resolución 206/2023. En aquel caso, el objeto de los recursos se centraba en que a través del recurso especial en materia de contratación se dilucidara determinadas actuaciones que según manifestaron supondrían la realización de un encargo a una sociedad mercantil de capital público.

La cuestión primera era entonces, determinar si se había formalizado propiamente un encargo ex art. 32 LCSP, y al igual que habremos de analizar en este recurso, si el supuesto acto entonces recurrido, se encontraba dentro del elenco de actos que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación. En aquel caso, ya señalábamos que, con la fiscalización, de los encargos, se persigue controlar que no se sustraigan determinadas relaciones jurídicas que son contractuales, de la libre concurrencia de eventuales o potenciales licitadores, se trata de evitar que de forma fraudulenta se limite la contratación pública y por ende la concurrencia de supuestos licitadores, de procedimientos que pudieran ser auténticos contratos.

SEGUNDO. En aquella resolución era objeto de examen qué naturaleza jurídica debía considerarse a los servicios que presta la entidad mercantil GIAHSA a los usuarios del municipio de Almonte, es decir, si se puede considerar como un modo de gestión directa de servicios públicos locales.

Examinábamos el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, para abordar los dos tipos de situaciones que recoge en la cooperación. Por



un lado, la “cooperación vertical” (apartados primero, segundo y tercero del precepto), en la que, bajo el régimen in-house, donde la entidad adjudicadora no contrata, desde una perspectiva funcional, con otra entidad distinta, sino que lo hace, en realidad, consigo misma, dada la vinculación que mantiene con la entidad formalmente diferente.

Es decir, en puridad, concluíamos que no se puede hablar de adjudicación de un contrato, sino de un mero encargo o encomienda, no rechazable por la otra “parte”, sea cual sea la fórmula en la que uno u otra se traduzcan. Por otro lado, distinguíamos ésta de la conocida como “cooperación horizontal”, esto es, la existente entre poderes adjudicadores que acuden a la forma contractual para estructurarla, con el propósito de que la prestación de servicios públicos que les competen se oriente a la realización de un objetivo común, en un marco guiado solo por el interés público, y dentro del respeto de la libre competencia (artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24).

Decíamos que quedaba sin embargo fuera de la Directiva 2014/24, otro tipo de relaciones interadministrativas, como son las derivadas de una transferencia o delegación de competencias. Estas situaciones señalábamos que eran ajenas al derecho en materia de contratación pública. El argumento se centraba en que, si bien la LCSP “contiene una previsión general de los sistemas de cooperación vertical y horizontal en su art. 31, y además regula la primera, o, lo que es lo mismo, los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados en su art. 32, sin embargo, la LCSP no contiene ninguna referencia a la transferencia de competencias”.

Argumentábamos que de acuerdo con el art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), entre las distintas formas de gestión de los servicios públicos locales a la transferencia de competencias se distingue entre gestión directa e indirecta. Solo para esta última se establece expresamente, en dicho precepto, una conexión normativa con la legislación de contratación pública.

Expresamente señalaba la resolución 206/2023:

“En cuanto a la gestión directa, puede ser centralizada, por la propia entidad local, o descentralizada, a través de organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social es de titularidad pública. A pesar de ser la entidad pública empresarial local ente público, y la sociedad mercantil local ente privado del sector público, ambas se han categorizado como se conforman como una forma privada de gestión, dado por ejemplo la naturaleza jurídica de su relación con los usuarios por la tarificación que perciben por la prestación del servicio. El artículo 85.2 LRBRL recoge que “los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la



sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

Decíamos que las relaciones entre el ente local, el municipio, y el ente instrumental de gestión directa descentralizada de actividades económicas constitutivas de servicio público local, bien a través de una entidad pública local (pública), o a través de una sociedad mercantil local (privada) da lugar a que pueda distinguirse entre una gestión directa propia, y una impropia, que sería aquella relación que se produce por la delegación o transferencia de competencias. Concluíamos que *“la calificación jurídica, en una u otra dirección, adquiere relieve, puesto que, la transferencia de competencias, por una parte, y encargo a medio propio, por otra, responden a presupuestos fácticos, condicionantes y consecuencias de un régimen jurídico muy distinto, pues si al medio propio se le exige, para serlo, además de una sujeción a control, una actividad en el mercado más limitada, ello sin embargo en teoría no es predicable de la transferencia de competencias que recibe un ente cesionario de competencias. Así, si el encargo a medio propio puede llegar a ser anulable (art. 40.c) LCSP) y susceptible de recurso especial en materia de contratación (art. 44.2.e) LCSP), la ilegalidad de una transferencia de competencias real no puede hacerse valer a través de tal medio de impugnación porque no está expresamente recogido en la LCSP (art.44)”.*

(...) *“Es decir, estamos ante una pretensión en los tres recursos interpuestos y acumulados, que no pretenden la nulidad ante una formalización de un encargo, sino frente a otro modo de prestación del servicio público de abastecimiento del agua, alcantarillado y depuración, que entienden las entidades contratantes que debería prestarse por una concesión de servicios.*

En este sentido, cumple destacar que las Directivas 23/2014, y la 24/2014, relativas a la adjudicación de contratos de concesión y a la contratación pública, al regular aspectos de los supuestos de cooperación entre entidades del sector público recoge expresamente la transferencia de competencias. En concreto, el artículo 17 de la Directiva 23/2014, y el artículo 12 de la Directiva 24/2014. Es decir, se delimitan sus respectivos ámbitos de aplicación y lo más importante, se excluyen de dichos ámbitos los de la contratación y de la concesión de servicios, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Ya en el primer precepto de ambas directivas (art. 1.4 de la Directiva 23/2014 y art. 1.6 Directiva 24/2014), dedicados a su objeto y ámbito de aplicación, se encuentra una referencia expresa a los instrumentos de transferencias de competencias como supuestos no afectados por las directivas.

“Así se expresa:

“Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva”. ([art. 1.6 Directiva 24/2014). Coincide sustancialmente el de la Directiva 23/2014).

De este modo queda reconocido por las Directivas mencionadas este aspecto de la cooperación vertical, canalizada normalmente a través de una operación in house o encargo a medio propio, si bien determinando que las directivas se aplican a los sistemas de cooperación vertical —igual que sucede con la horizontal— en la medida que los definen y determinan las condiciones de exclusión.



No ocurriría lo mismo con las transferencias de competencias, pues en cambio, no constituirán un contrato ni contienen una prestación contractual y, en ese sentido, ni siquiera se ven afectadas por las directivas”.

Por último, concluíamos que el objeto del recurso era una transferencia de competencias realizada en el ámbito del régimen jurídico del Derecho administrativo local, y que el objeto de los recursos presentados excedía del objeto del recurso especial en materia de contratación, puesto que no se trataba de determinar la anulabilidad de un encargo, como pretenden las partes recurrentes, ya que el encargo no existe.

Es decir, se trataba de determinar si se habría realizado o no correctamente dicha transferencia de competencias, y conforme al artículo 44 LCSP, procedía la inadmisión del recurso por no ser el acto objeto del recurso susceptible de recurso especial en materia de contratación, sin perjuicio de que la cuestión podría ser discutida por las partes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

TERCERO. Partiendo de estos antecedentes, se ha tramitado el escrito presentado en el Registro de este Tribunal por la Secretaría del mismo. El 18 de agosto de 2023, se requirió al Ayuntamiento de Almonte el expediente administrativo relativo a la cuestión controvertida en el recurso. Ante la falta de remisión de lo solicitado, el requerimiento es reiterado, por parte de la Secretaría de este Tribunal, el día 23 de agosto. El expediente se recibe el día 29 de agosto de 2023.

CUARTO. No obstante lo anterior, cumple mencionar determinados antecedentes que constan en este Tribunal. Así, el 21 de febrero de 2023, con ocasión del recurso 85/2023 se recibió en este Tribunal comunicación electrónica del Ayuntamiento de Almonte, (sin remitir informe al recurso especial), en el que se ponía de manifiesto la existencia de un Acuerdo de 18 de junio de 2020 del Pleno, que delegaba la competencia a efectos de la resolución del recurso especial en la Diputación Provincial de Huelva, concretamente en su órgano especial de resolución de recursos. En dicho acuerdo delegaba la competencia, y si bien quedaba condicionado a su aceptación expresa por parte de la citada Diputación¹, y aun habiéndose entonces determinado la competencia de este Tribunal, por razones de prudencia, dada la intención del Ayuntamiento mostrada en aquel recurso de designar al Tribunal de la Diputación de Huelva como competente para conocer de sus actos en materia del recurso especial, se ha solicitado a la Diputación Provincial información al respecto que no ha sido atendida.

No obstante, con ocasión de los recursos 85, 113 y 120 de 2023, se recibió en este Tribunal respuesta de la Diputación a un requerimiento realizado a efectos de que informase sobre los instrumentos jurídicos vigentes para conocer de los recursos especiales interpuestos frente a estos de ese Ayuntamiento. Consta de fecha 23 de marzo de 2023, certificado de la Secretaría General de la Diputación Provincial de Huelva, remitida por el Secretario del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva, que contesta en los siguientes términos:

“LA EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE HUELVA CERTIFICA:

Que, según los datos obrantes en esta Secretaría General a mi cargo, no consta la existencia de ningún Acuerdo, ni de Pleno ni de Junta de Gobierno, de aceptación expresa de delegación de competencias para conocer y resolver recursos especiales en materia de contratación del municipio de Almonte; ni tampoco ninguna Resolución de la Presidencia que resuelva en ese sentido.

¹ De dicho acuerdo se requirió y consta igualmente en este Tribunal, certificación del mismo del Pleno del Ayto. de Almonte, de 18 de junio de 2020.



Y para que conste y surta efectos, expido la presente, a petición del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Huelva, de Orden y con el Visto Bueno del Ilmo. Sr. Presidente, en la ciudad de Huelva a la fecha de la firma electrónica.”

El Ayuntamiento por el contrario ha respondido en su informe al recurso especial, que, en esta ocasión, estima que este Tribunal sí es competente en este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

La LCSP en su artículo 46.4 regula el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en las Entidades Locales, estableciendo que, 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 todo caso, los ayuntamientos de los municipios de gran población 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”*, y 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”*.

El párrafo 2 de este artículo establecía, igualmente, que si no existía previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia para resolver estos recursos correspondería al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las corporaciones locales hubieran atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito, si bien la Sentencia del TC de 18 de marzo de 2021, declaró inconstitucional y nulo este párrafo del apartado 4 del artículo 46 de la LCSP 9/2017, al vulnerar tanto la configuración constitucional de la supletoriedad como el orden constitucional de competencias .

En todo caso, la previsión de la LCSP va referida a las *“corporaciones locales”*, es decir, ayuntamientos, diputaciones provinciales y cabildos y consejos insulares (art. 3 LRBRL).² Este artículo alude a las corporaciones locales, e incluso especifica en cuanto a los Ayuntamientos de los municipios de gran población y las diputaciones provinciales, pero no a otras entidades locales como argumenta el Ayuntamiento de Almonte. El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, regula en su art. 10 la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación por los órganos propios, especializados e independientes que creen las entidades locales andaluzas, pero ello es en los términos establecidos en la legislación de contratos del sector público, que lo restringe a las corporaciones locales, como hemos indicado.

El art. 46.4 de la LCSP, como decimos, regula el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en las entidades locales, estableciendo que, 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”*.

² No a una entidad como una mancomunidad de municipios, DA 2 LCSP. Esta posibilidad se reserva a las corporaciones locales según el art. 46.4 LCSP 2017, así como el art. 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, que se dicta en los términos establecidos en la legislación de contratos del sector público



El Decreto 120/2014, de 1 de agosto por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado y por el que se modificaba el Decreto 332/2011, de 11 de noviembre, por el que se crea el mismo, establece la competencia subsidiaria para que este Tribunal resuelva los recursos de las entidades locales andaluzas. En efecto, el artículo 10.3 dispone que: *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades”*.

Por tanto, el Decreto 120/2014 mantuvo la posibilidad de que las entidades locales pudieran crear sus propios órganos de resolución de recursos, sin embargo, se atribuye la competencia a este Tribunal de manera directa en caso de que no se haya hecho uso de dicha posibilidad.

El artículo 10 de dicho Decreto 332/2011 recoge en los dos primeros apartados:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en los términos establecidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y en la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1.c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales”.

El Decreto obliga a que las entidades locales de Andalucía deban optar por una de las vías que establece el artículo 10 del Decreto, a fin de que, en todo caso, sea un órgano especializado e independiente el que conozca y resuelva los recursos especiales que se interpongan en su ámbito.

Respecto de la primera posibilidad cumple advertir que el Ayuntamiento de Almonte carece de órgano propio con los requisitos de especialización e independencia al que se refiere el primer apartado, y que no consta que haya atribuido la competencia al órgano especial de resolución del recurso especial de la Diputación de Huelva.

Por todo ello, y en virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, la competencia por aplicación supletoria del artículo 10.3 correspondería a este Tribunal, dado que, a la fecha de la producción de las actuaciones que son objeto de recurso, no consta que el Ayuntamiento de Almonte dispusiera de órgano propio para la resolución de los recursos especiales, ni tampoco podría considerarse que, conforme al Reglamento de Organización y Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Huelva, dispondría del instrumento jurídico válido citado que atribuyera la competencia al Tribunal de la Diputación de Huelva.



SEGUNDO. Objeto del recurso.

Antes de proceder a examinar la legitimación concreta del recurrente, como concejal del Ayuntamiento, cumple manifestar que en el recurrente manifiesta en el suplico de su recurso el siguiente petitum:

“Se tenga por admitido este escrito con sus documentos anexos, y en su virtud, por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN del artículo 44.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 44.2.f) de la LCSP, y todas aquellas que puedan surgir de la vista del expediente por ese órgano, contra el acuerdo indicado en el punto 1º, en relación con el punto 2º y 3º de la parte expositiva, y previa la tramitación legal que corresponda, sea dictada resolución en la que se resuelva la NULIDAD O ANULABILIDAD DEL ACTO RECURRIDO”.

Conforme al artículo 51 de la LCSP se remite copia del acto expreso que se recurre, el cual figura un acuerdo de 30 de enero de 2023 del pleno del Ayuntamiento.

El recurrente no identifica el acto concreto en el suplico del recurso especial, y en su caso lo hace por remisión, de tal modo que parece que, sin identificar un acto concreto, el supuesto al que se refiere es al rescate de la concesión. Habrá que examinar si a la vista de dichos puntos 1º, 2º, y 3º de la parte expositiva del recurso nos encontramos ante dicho supuesto.

En el expositivo primero se hace referencia a un supuesto acuerdo del Pleno de fecha de 4 de agosto de 2023, que no se acompaña con el recurso especial, que tendría como objeto:

“Dar ejecución al acuerdo primero del Pleno de 30/01/2023 por el que no se acuerda -por ser desfavorable-dicho acuerdo según el recurrente tendría como rúbrica “RESCATE Y LA ADJUDICACIÓN, «ex novo» y sin procedimiento, de un contrato de concesión de servicio para la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración de los núcleos urbanos de el Rocío, Matalascañas y el saneamiento y depuración de Almonte, en favor la empresa Aqualia, con efectos a partir del 21/08/2023, al objeto de cambiar, sin más trámite, a la actual prestataria (GIAHSA) y la forma de gestión del servicio, de directa a indirecta”.

El acuerdo, es de fecha de 30 de enero, y no se pone de manifiesto ningún acuerdo concreto, es decir certificado del Pleno de 4 de agosto, ni indicación del Boletín Oficial de la Provincia donde se encuentre publicado. Se denomina acto de ejecución cuando el Alcalde del municipio supuestamente habría manifestado en un Pleno de 11 de agosto de 2023:

“DECIRLE A GIAHSA [actual prestataria] que este Ayuntamiento tiene que APLICAR EL ACUERDO DE PLENO QUE APROBÓ EL DÍA 29 [es el 30] DE ENERO por 10 votos a favor frente a 8, aprobó por MAYORÍA SIMPLE decir que se quedara LA EMPRESA QUE ESTABA [AQUALIA, empresa que estuvo hasta el 31/12/2022] hasta que se haga un nuevo pliego de condiciones, y eso es lo que se le ha DICHO a AQUALIA”.

Por otro lado, parece que se está denominando rescate a la gestión de servicios que en los antecedentes este Tribunal se ha citado que ya calificó en la resolución 206/2023 como transferencia de competencias desde el Ayuntamiento a la mancomunidad, por lo que no estaríamos ante un supuesto subsumible en el artículo 44.2 f) LCSP. Por lo que, como rescate, debe descartarse el objeto del recurso el hecho de que a GIAHSA se le haya rescatado una concesión de servicios inexistente.



Subsidiariamente, observaremos si ha existido una adjudicación de una concesión de servicios a la empresa AQUALIA que sea susceptible de ser objeto de recurso especial conforme al artículo 44. 1 c), respecto de algunas de las actuaciones a la que se refiere el artículo 44.2, en concreto el apartado c) ya que el recurrente se refiere a una adjudicación.

A la vista del recurso, y de los documentos acompañados, no se acompaña copia de ninguno de las actuaciones a las que se refiere el artículo 44.2 de la LCSP.

Parece desprenderse de los hechos relatados, circunstancias que pueden asimilarse a una actuación de hecho del Alcalde, una nueva adjudicación a AQUALIA. Presumimos de los documentos que se acompañan al recurso que la concesión de servicios a la entidad FCC AQUALIA estaba extinguida, pero que ha sido renovada de hecho en la prestación de servicios, hasta que la entidad que habría sido la destinataria de los servicios tras la transferencia de competencias comenzase a gestionar los servicios. A tal efecto, debe traerse a colación doctrina de este Tribunal sobre las prórrogas de los contratos en fase de ejecución, concluye que las prórrogas de los contratos no se encuentran entre los actos susceptibles de recurso especial ni constituyen una modificación del contrato anterior sino una simple prolongación del contrato originario, con idénticas condiciones, durante el período previsto para ello en el contrato original. En cualquier caso, el acuerdo al que se refiere sería de enero por lo que, en cualquier caso, a la fecha de interposición del presente recurso el mismo sería extemporáneo conforme al artículo 50 LCSP.

A mayor abundamiento, cumple mencionar que parece que se habría repuesto a FCC AQUALIA en la prestación del servicio en las mismas condiciones que mantenía a 31 de diciembre de 2022, cuando se hizo cargo GIAHSA de estos servicios, mientras se licitaba nuevo contrato, y por ello no puede concluirse a los efectos de poder conocer que el acto proceda de ningún expediente de contratación. La consecuencia directa de lo anterior es que existen indicios que pudiera existir una serie de actuaciones llevadas a cabo por la vía de los hechos, sin existir un expediente de contratación, a efectos de volver a reponer a la antigua concesionaria, de una concesión ya extinguida el 31 de diciembre de 2022. Se dice ello, porque habría existido una interrupción en la prestación del servicio, no estando entonces en el supuesto del artículo 289 LCSP como manifiesta el Ayuntamiento en su informe al recurso especial donde interesa la inadmisión.

Es decir, se habría repuesto a la antigua concesionaria que cesó el 31 de diciembre de 2022 para prestar el servicio por la contratista en las mismas condiciones, *“hasta la formalización de un nuevo contrato que tenga por objeto las mismas prestaciones”*, algo que ya se está realizando la entidad GIAHSA.

A su vez, por último, y también a mayor abundamiento, parece haberse interpuesto recurso de reposición y extraordinario de revisión ante el Ayuntamiento, por los mismos recurrentes, acompañándose el documento al recurso, pero sin que haya merecido alegación alguna por el recurrente en el recurso especial interpuesto, sobre las pretensiones que tendría respecto del mismo. Cumple mencionar que dicho recurso de reposición no ha sido recalificado por el Ayuntamiento como recurso especial conforme al artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (Debiendo estar a los preceptuado en el artículo 78 de la Ley Jurisdiccional).

Consideramos que, en cualquier caso, respecto de las actuaciones acaecidas en agosto a las que se refiere el recurso, y que han sido citadas, los acuerdos concretos del Pleno, que en el caso de que pudieran considerarse contractuales, como de nueva adjudicación, serían a lo más actos preparatorios, sin que haya existido acuerdo subsumible en los supuestos del artículo 44 de la LCSP.



Sobre la cuestión relativa a determinadas actuaciones no subsumibles en el artículo 44.2 LCSP ha tenido la ocasión de pronunciarse el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que en su Resolución 68/2013, de 8 de mayo, exponía lo siguiente: “de acuerdo con el artículo 1 de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, el recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad el garantizar la competencia entre las empresas que tengan interés en obtener un determinado contrato. Así se establece que:

<<2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

3. Los Estados Miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción>>.

Nuestra legislación ha seleccionado como recurribles a través de este recurso administrativo especial aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa de la UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en el procedimiento de contratación, que tendrán otras formas de tutela, bien sea la del artículo 39 del TRLCSP, bien el recurso administrativo o judicial procedente contra los actos que se trate”.

El artículo 44 de la LCSP delimita tanto los contratos como los actos que son susceptibles de impugnación a través del citado recurso especial y, entre éstos últimos, la Ley se refiere concretamente a los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones de la contratación.

El recurso tiene carácter especial, pues su objeto es limitado, procediendo solo contra determinados contratos y en relación a determinados actos, y el acto impugnado en el presente recurso, el acordado en el Pleno de agosto, del que no se remite certificado, no se encuentra entre los actos susceptibles de recurso especial que recoge el artículo 44 de la LCSP. En todo caso siempre es posible la impugnación de los pliegos, donde se podría atacar cualquier cuestión derivada de la aprobación del inicio del expediente. Es por ello, que este Tribunal concluye que el acto aprobatorio de inicio del expediente no es impugnabile a través del recurso especial en materia de contratación, por lo que este Tribunal carece de competencias por no encontrarse dentro del ámbito del recurso especial en materia de contratación.

TERCERO. Imposición de multa por temeridad.

El artículo 58.2 de la LCSP establece: «En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».

En la documentación remitida por las personas recurrentes se hacen alusiones a un acto, que como se ha expuesto, no reúne ninguna de las condiciones del artículo 44. apartados 1 y 2. Además no se acompaña certificado del acuerdo expreso impugnado, respecto del cual estaría en plazo, y no respecto del acto de enero de 2023, respecto del cual sería extemporáneo.



El relato de los hechos, referenciando a manifestaciones verbales del Pleno, y remitiéndose a un vídeo de una supuesta grabación del Pleno colgada en una determinada dirección de internet no responde a la forma de proponer prueba que se recoge en el artículo 51 de la LCSP.

Por ello, si su voluntad, dada la condición de representante popular que ostenta, era la de controlar el buen funcionamiento de la Corporación como medio de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, no se entiende bien por qué no accionó contra el citado acuerdo del Pleno o contra cualesquiera de las actuaciones de hecho, si es que lo fueren en la vía correspondiente.

No ha sido así, y esa inactividad procesal ha generado un recurso innecesario, y supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, teniendo en cuenta que ha presentado un recurso innecesario.

En este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional: *«Es criterio de esta Sala que “La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución”* (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 [recurso 3595/12] y 14 de mayo de 2014, recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular *“algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”* (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, recurso 26/2014). *Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática* (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, recurso 456/12). *Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio* (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)).

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»,* o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *«La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia la evidente falta de fundamentación, seriedad y de viabilidad jurídica del mismo en tanto que claramente no existe un acto subsumible en el artículo 44 de la LCSP. Lo anterior evidencia un ejercicio abusivo del recurso especial en materia



de contratación. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2023, dictada en el procedimiento ordinario 0001329/2021 contra la resolución de 5 de febrero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido a calificar la posibilidad de establecimiento de la multa recogida en el artículo 58.2 LCSP, de tal modo que reconoce que *“la previsión de tales penalidades encuentra su razón en las peculiares características del recurso especial, introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpuso a nivel interno la Directiva 2007/166/CE, de 11 de diciembre, de regulación de los recursos en materia de contratación con la finalidad de reforzar los efectos de la impugnación contractual permitiendo obtener una resolución eficaz, lo que pretendía conseguirse mediante la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta el transcurso del plazo de interposición del recurso y su mantenimiento hasta su resolución, cuya implantación, sin embargo, llevó al establecimiento al mismo tiempo de medidas dirigidas a impedir la indebida utilización de dicho recurso.*

Como esta Sección ha señalado ya, por ejemplo, en su Sentencia de 5 de febrero de 2020 (recurso 297/2018), ante el silencio al respecto de la Directiva 2007/66/CE, el dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 emitido en relación con el anteproyecto de ley que dio lugar a aquella Ley 34/2010, echaba "en falta la articulación de algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial. Así, se ha señalado en el expediente que la regulación proyectada podría completarse introduciendo la posibilidad de inadmitir el recurso en los supuestos tasados legalmente; o incluso podría atribuirse al órgano independiente la facultad para sancionar al recurrente en casos de temeridad o mala fe (...). Es cierto que la Directiva 2007/66/CE pone el acento en la articulación de un sistema de recursos rápido y eficaz para garantizar una adecuada protección de los derechos de licitadores y candidatos. Pero no lo es menos que en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas". Como se ha dicho en la Sentencia de esta Sección de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014), "se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio".

Asimismo, reconoce la Sentencia, que es una *“sanción dirigida a hacer efectivo el medio de impugnación utilizado, es decir, una especie de la categoría de las denominadas sanciones de autoprotección”*. Es decir, el recurso interpuesto, era, dada la obviedad de su inadmisión, totalmente prescindible, pudiendo calificarse como temeraria la actitud de interponerlo.

El mismo ha dado lugar a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.»*

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la



horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta.

En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado, si bien no en la mínima, dado que los motivos de la inadmisión eran más que obvios.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el escrito presentado y numerado como recurso 391, interpuesto por la persona física **J.J.d.I.T.L.**, concejal del Grupo Municipal de VOX Almonte, respecto de un acto atribuible al Ayuntamiento de Almonte (Huelva) con relación a los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de los núcleos de Matalascañas y El Rocío, y los de alcantarillado y depuración del núcleo de Almonte, atribuibles al Pleno del Ayuntamiento de Almonte (Huelva), al resultar que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP en la cuantía máxima de 1500 euros.

TERCERO. Remitir la presente resolución a la Secretaría General de Administración Local, dependiente de la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública, a los efectos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, dado el incumplimiento del Ayuntamiento de Barbate de las obligaciones que le impone la normativa sobre el recurso especial en materia de contratación, puesto de manifiesto en esta resolución.

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.

