

Recurso 264/2024
Resolución 292/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 19 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA)**, contra los pliegos rectores del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Torremolinos, entendido éste como una prestación básica de los Servicios Sociales Comunitarios en el ámbito del Sistema Público de Servicios Sociales (SAD municipal) y como prestación del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia (SAD Dependencia)» (Expediente 9111/2024), promovido por el Ayuntamiento de Torremolinos (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de junio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. Los pliegos que rigen la presente licitación fueron puesto a disposición de los licitadores en el citado perfil de contratante con esa misma fecha. El valor estimado del contrato asciende a un importe de 25.961.538,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 18 de julio de 2024 la entidad recurrente presentó, en el registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas.

El Ayuntamiento de Torremolinos, en base a lo dispuesto en el artículo 46.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y el artículo 10.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, dispone de órgano especializado en materia de revisión de decisiones en materia contractual pues consta a este Tribunal que por Decreto de Alcaldía de 22 de febrero de 2013, se crea y constituye el órgano especial para la resolución de recursos contractuales del Ayuntamiento de Torremolinos, ratificado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8/03/2013, que publica el Decreto de Alcaldía de creación del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisibilidad del recurso y de la cuestión de fondo suscitada en el mismo, procede analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, atendiendo al ámbito subjetivo de actuación que le es reconocido en su norma de creación. Así el artículo 1.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, atribuye a dicho Órgano la resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las cuestiones de nulidad frente a actos y contratos de la Administración de la Junta de Andalucía y de aquellas entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

El contrato de servicios objeto del presente recurso ha sido convocado por el Ayuntamiento de Torremolinos, el cual no tiene la consideración de municipio de gran población.

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

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

En todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta Ley. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan».

Por otro lado, el artículo 10 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, dispone lo siguiente:

«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 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 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, y en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.»



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 reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.

3. Con la excepción que se contempla en el párrafo segundo de este apartado, en caso de que las entidades locales y los 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 y reclamaciones respecto a los actos de dichas entidades.

Cuando los recursos y reclamaciones se interpongan respecto de actos dictados por Diputaciones Provinciales o municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía exigirá la suscripción de convenio con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda en el que se estipulen las condiciones para sufragar los gastos derivados de esta asunción de competencias».

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las entidades locales de Andalucía o de sus entes adjudicadores vinculados, en el supuesto examinado por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia; en concreto, al mencionado artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas corporaciones pues, solo en el caso de que estas no opten por la creación de sus propios órganos, ni soliciten la asistencia de la Diputación Provincial, será cuando este Tribunal tenga competencia para resolver los recursos que se interpongan en esta materia.

En consonancia con todo lo anterior, el Ayuntamiento de Torremolinos consta en este Tribunal que optó por la vía prevista en el artículo 10.1 del Decreto autonómico de crear un órgano propio, que es competente para el conocimiento y resolución del recurso especial y de las reclamaciones en materia de contratación, que se interpongan contra los actos dictados en su ámbito municipal. Con base a la norma citada, el Ayuntamiento de Torremolinos, con fecha 8 de marzo de 2013 aprobó mediante Decreto la creación de un órgano administrativo especial para la resolución de estos recursos, constandingo a este Tribunal su subsistencia por lo que después se dirá.

Es necesario recordar que este Tribunal tiene establecido una constante doctrina al respecto de la cuestión de la competencia y la extensión de la jurisdicción de los órganos administrativos o Tribunales de resolución del recurso especial en materia de contratación. Órganos administrativos especializados creados por la legislación nacional y autonómica, como exigencia del Derecho de la Unión Europea, desde el punto de vista de la naturaleza y caracteres del propio recurso especial, constituyéndose éste como garantía de independencia hacia los administrados.

La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras), en cuanto los caracteres que deben reunir estos órganos señalan en cuanto a los requisitos de estos órganos especializados lo siguiente:

- Considerando número 22, al señalar que “el órgano de recurso independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante” debe examinar todos los aspectos pertinentes para establecer si razones imperiosas de



interés general requieren que se mantengan los efectos del contrato en los supuestos en que se declare su ineficacia.

- Artículo 2.3 se somete “a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador” un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso.

- Artículo 2.9 referencias que también son de aplicación a los órganos de naturaleza no jurisdiccional encargados de resolver los recursos. En efecto, dicho precepto señala que:

“Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso”.

“El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.”

Estamos ante un concepto de independencia el cual se construye sobre la base de criterios formales (jurisdiccional o no) y otros criterios funcionales (la condición de sus miembros, nombramiento de sus miembros, la duración del mandato o su revocabilidad).

A tal fin conviene para abordar esta cuestión remontándonos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (Asunto C-393/92), donde el Tribunal identificaba seis criterios que confieren la condición de “*órgano jurisdiccional*”: el origen legal del órgano; su permanencia; el carácter obligatorio de su jurisdicción; el carácter contradictorio del procedimiento; la aplicación de normas jurídicas y la independencia (considerando 21). De este modo, concluía que la petición de justicia que se producía en el marco de un procedimiento tal, finalizaba con una decisión calificable con el carácter “*jurisdiccional*”. Apreciaba el carácter “*jurisdiccional*” de los órganos administrativos de control de la contratación pública, siempre que fuera órganos colegiados, integrados por funcionarios especializados, y que ejercieran sus funciones con independencia, sin estar sometidos a ningún tipo de instrucción.

De esta jurisprudencia derivaba una serie de criterios determinantes de la naturaleza de “*órgano jurisdiccional*” (a los efectos de considerar que es posible que por estos órganos pudiera plantearse una cuestión prejudicial). Respecto de los caracteres señalados, por un lado, estaría el requisito del origen legal, es decir, el origen legal de la creación del órgano. En segundo lugar, sería la vocación de su nacimiento con carácter de permanencia, es decir que el mismo no hubiera sido creado “*ad hoc*” para conocer de un recurso o asunto concreto. En tercer lugar, el carácter de jurisdicción obligatoria, lo cual supone que las partes están obligadas a dirigirse al órgano remitente para la resolución de un litigio, en dos sentidos, ya sea porque las resoluciones que dicta son vinculantes y coercibles, así como cuando sus resoluciones administrativas sólo sean recurribles en vía contencioso-administrativa, es decir, que la Administración pueda revocar sus resoluciones. Otras notas necesarias eran que el procedimiento fuera contradictorio (que los interesados pueden presentar escritos de



alegaciones y pruebas en apoyo de sus pretensiones y solicitar la celebración de vista pública), que lleven a cabo la aplicación de normas jurídicas, así como el consabido carácter independiente (funciones desarrolladas con plena autonomía, sin vínculo de subordinación y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno).

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

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

Conviene hacer referencia al Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en lo que se refiere a la regulación de la tramitación del recurso especial. En este sentido, establece su artículo 1b) que el objeto de dicho reglamento es el desarrollo de la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación. Es conveniente recordar que en lo que se refiere al contenido de los pliegos, en virtud de su disposición adicional primera, se señala en sus artículos 10 y 11 que será contenido mínimo de los pliegos el establecimiento de la atribución de la competencia del órgano a quien compete la resolución del recurso especial en materia de contratación.

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

Examinado el pliego, omite el mismo cualquier referencia al órgano competente para la resolución del recurso especial, es decir, no atribuye la competencia, solo hace una indicación en el anuncio de licitación a efectos de donde interponer los recursos especiales, pero no atribuye la competencia a un órgano concreto. A ello hay que unirle la casi inexistencia de publicidad activa por parte del Ayuntamiento de Torremolinos, respecto de la actividad, composición y naturaleza del órgano administrativo especial que resuelve el recurso especial de



contratación respecto del Ayuntamiento de Torremolinos. En efecto, solo consta el acto de creación de 2013, y únicamente están publicadas 12 resoluciones, la última la 1/2022.

Por ello, dado que este panorama se repite en contados casos en Andalucía (siendo este Ayuntamiento uno de ellos) este Tribunal en fechas recientes ha procedido a advenir a efectos de proceder a determinar su competencia subsidiaria respecto de los Ayuntamientos y entidades locales de Andalucía que han ejercido la competencia establecida en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, de crear un órgano especial propio, a solicitar información a aquellas entidades que de alguna forma consta la existencia de dichos órganos propios. En concreto, y para este caso, el Ayuntamiento de Torremolinos.

De la consulta, resultó que sí existe órgano especial, pero no existe un Tribunal, como órgano colegiado considerado, sino únicamente un órgano unipersonal, que es ocupado por un funcionario.

Este no tiene exclusividad ni incompatibilidad en sus funciones en dicho órgano especial, señalándose expresamente en la contestación al requerimiento que las funciones de resolución del recurso especial son compartidas con las funciones que desarrolla por su igual adscripción al propio Área de Contratación del propio Ayuntamiento. Desconociéndose otros aspectos de los que exige la normativa comunitaria arriba citada.

En dicha información se contestaba en el sentido de que está constituido en la actualidad, siendo su actividad en la información suministrada a este Tribunal, (no publicada), en 2023, de 3 recursos, siendo los 3 recursos desestimados.

No obstante, lo anterior, lo cierto es que el Ayuntamiento respecto de este órgano afirma que está constituido en la actualidad, pues de conformidad con el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, no se atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de estas Corporaciones sino solo en el caso de que estas no opten por la creación de sus propios órganos, ni soliciten la asistencia de la Diputación Provincial. Solo en esos casos se determina que este Tribunal tenga competencia para resolver el recurso interpuesto.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal para su resolución, lo cual hace innecesario entrar en el resto de los requisitos de admisión del recurso, ni analizar el motivo de fondo del mismo.

SEGUNDO. Remisión del recurso especial.

Asimismo, en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso especial presentado ante este Tribunal al órgano competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA)**, contra los pliegos rectores del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Torremolinos, entendido éste como una prestación básica de los Servicios Sociales Comunitarios en el ámbito del Sistema Público de Servicios Sociales (SAD municipal) y



como prestación del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia (SAD Dependencia)» (Expediente 9111/2024), promovido por el Ayuntamiento de Torremolinos (Málaga), al no tener este Tribunal atribuida la competencia para su resolución.

SEGUNDO. Remitir el escrito original del recurso al órgano especial de resolución del recurso especial en materia de contratación del Ayuntamiento de Torremolinos, a los efectos oportunos.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

