

Recurso 390/2024
Resolución 421/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 27 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN AFECTADOS POR EL PUERTO DE CARBONERAS**, contra la resolución de modificación del contrato denominado «Concesión de obra para la reordenación y explotación de los servicios náutico recreativos, auxiliares y complementarios al mismo del puerto de Carboneras (Almería)», (Expediente CAC 18001, 2018/322), convocado por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de octubre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado de 17.054.557,70 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.

El 1 de octubre de 2019 fue acordada la adjudicación del contrato denominado Concesión de obras de reordenación del Puerto de Carboneras a la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS PUERTO DEPORTIVO DE CARBONERAS, siendo formalizado el contrato el 12 de noviembre de 2019. La referida unión temporal por mandato del pliego de cláusulas administrativas particulares se constituyó como sociedad anónima con la denominación de MARINA DE SAN ANDRÉS, S.A.

El 20 de julio de 2021 es acordado el inicio de expediente de modificación con base en el artículo 205.2.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el cual ha finalizado el día 29 de julio de 2024, siendo publicado en el perfil del contratante el 23 de septiembre de 2024.

No se tiene constancia de que la resolución de modificación posteriormente haya sido objeto de formalización y su publicación en el perfil de contratante, conforme al artículo 63, 203 y 207 LCSP, pues solo se indica en el anuncio la

fecha de formalización del contrato el 12 de noviembre de 2019. No aparece la fecha de la formalización de la modificación.

SEGUNDO. El 24 de septiembre se remite por correo electrónico, y el 27 de septiembre de 2024 se recibió en el Tribunal mediante correo ordinario, recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de modificación.

Previamente, debemos advenir los requisitos de procedibilidad del recurso especial, a efectos de su admisión, dado el objeto del contrato y la legitimación que deriva de la naturaleza de la asociación y el motivo del recurso en cuanto a su pretensión respecto del acto impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Acto recurrible y legitimación.

Debemos advenir los requisitos de procedibilidad del recurso especial, a efectos de determinar si procede su admisión.

1. La recurrente impugna formal y sustantivamente la resolución de modificación de un contrato concesión de obras (no formalizado, ni publicada la formalización), cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros, que resultó convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es cuanto al acto objeto del recurso, desde un punto de vista objetivo sería procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 c) y 2.d) de la LCSP.

2. Con relación a ello debe realizarse un inciso, sobre el acto objeto de recurso. El artículo 262 de la LCSP, expresa que:

“1. El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en esta Ley, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la presente Ley”.

Dada la remisión expresa al artículo 203 de la LCSP, se debe tener en cuenta la que este hace a su vez al artículo 153 de la misma para la formalización de los modificados, plantea la posibilidad de que los efectos de la resolución de modificación sean diferentes a los efectos de su formalización. Es decir, diferenciar entre un acto que vendría a ser la adjudicación, aquí representado por la resolución de modificación, y la formalización de la modificación. El modificado viene a ser una suerte de adjudicación directa, si bien no sujeta a un procedimiento de adjudicación por los órganos de contratación, admitida legalmente en determinados supuestos, cumpliendo las condiciones establecidas en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE.



De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 203.1 de la LCSP la tramitación de la modificación de un contrato requiere un primer acto administrativo que es el acuerdo del órgano de contratación donde se toma la decisión de modificación (artículo 191.4 LCSP), y después la posterior formalización (artículo 153 de la LCSP por remisión del 203.3 como hemos citado). El artículo 153.3 LCSP, en materia de adjudicación supone imponer un plazo suspensivo entre la notificación de la adjudicación y la formalización cuando el acto recurrible a través del recurso especial en materia de contratación sea la adjudicación. Sin embargo, esto no se cita, en cuanto al efecto suspensivo cuando se trate de actos distintos a la adjudicación, por lo que se concluye que la resolución de modificación no puede equipararse al acto de adjudicación, de tal modo que el expediente administrativo para la modificación del contrato finaliza por acuerdo del órgano de contratación, al que el artículo 191.4 de la LCSP atribuye dos consecuencias, una primera, poner fin a la vía administrativa, y otra segunda, la ejecutoriedad.

Esto implica, por un lado, que en el caso de que supere el umbral para la interposición de recurso especial en materia de contratación, este acuerdo modificadorio que pone fin a la vía administrativa es, objetivamente susceptible del recurso especial en el plazo de 15 días hábiles, pues el acuerdo de modificación es inmediatamente ejecutivo, de acuerdo con el artículo 98.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante, se requiere la formalización, siendo la misma el momento en que se perfecciona un contrato, y la ejecución no puede iniciarse con carácter previo a su formalización. En una modificación, que supone ser un acto de mera ejecución contractual, supone que el contrato ya está perfeccionado y con el acuerdo modificadorio se cumple con una de las posibilidades previstas en el propio pliego o en la LCSP, ejecutando el contrato, aunque se requiera su constancia formal reflejando las nuevas condiciones en cuanto difieren del contrato inicial.

Por lo que a pesar de la remisión del artículo 203.3 LCSP a las normas de adjudicación, no se trata de una decisión de adjudicación, y por consiguiente ni ha de tener un procedimiento de adopción igual a la adjudicación, ni el mismo efecto en cuanto al plazo suspensivo de la formalización para permitir la interposición de recurso fundado. Es decir, la decisión de modificación, cuando es una decisión ajustada a la LCSP no supone un procedimiento de adjudicación distinto, sino un incidente de ejecución.

La Directiva 89/665/CEE, 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, con la finalidad de garantizar un recurso eficaz contra la decisión de adjudicación de un contrato, considera necesario establecer un plazo suspensivo que permita entablar recurso antes de la formalización. Pero según la directiva, no es necesario que todas las decisiones tengan efectos suspensivos de la celebración de los contratos, estableciendo tal obligación solo respecto de los actos de adjudicación. La relación de estas excepciones que pueden aplicar los Estados miembros está recogida en el artículo 2 ter de la directiva de recursos.

Por tanto, cabe concluir que, a efectos de poder controlar vía recurso especial si cumplen las condiciones legalmente establecidas o si encubren una adjudicación ilegal que debió ser objeto de nueva licitación, los acuerdos modificadorios tienen la consideración de decisión de adjudicación directa admitida legalmente, que si cumple los requisitos legales es un acto de ejecución del contrato formalizado.

3. La posibilidad de interponer recurso especial en un modificado de un contrato de concesión de servicios, podrá ser utilizada por los interesados que participaron en el procedimiento de adjudicación del contrato inicial que resultaron no adjudicatarios y consideren que ese acto de modificación, por no ajustarse a los supuestos legales, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación y no una mera decisión de ejecución contractual, pues de haber conocido la posibilidad habrían presentado su oferta en otras condiciones. También tienen la consideración de



interesados aquellos potenciales licitadores capacitados para realizar la prestación que se ha adjudicado directamente al contratista del principal, si consideran que dicha modificación les ha impedido participar en un procedimiento con publicidad.

El reconocimiento de legitimación dependerá de su pretensión explicitada en el recurso. El artículo 48 de la LCSP amplía el concepto mínimo de legitimación de la directiva de recursos. En general estará legitimado si con la estimación del recurso obtiene un beneficio o evita un perjuicio, pero relacionado siempre con poder quedar beneficiado directamente de una decisión de la Administración con relación a un elenco de intereses directamente derivados de la contratación, como consecuencia de los efectos del régimen de la concesión de obras objeto de la modificación.

La legitimación, en su actual configuración responde a las exigencias de la Directiva 2007/66 del Parlamento Europeo que en su artículo 1 establece lo siguiente: “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*”.

De lo anterior se desprende que la existencia o no de un interés en el reclamante –y en consecuencia la legitimación activa o la falta de ella para interponer la reclamación– están en íntima y necesaria relación con la posibilidad de participar en una determinada licitación. Siendo por tanto la finalidad de la reclamación proteger la libre competencia y la igualdad de trato entre las personas físicas o jurídicas interesadas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, en la que se define el concepto de legitimación en materia contractual pública, señala que:

"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 citada por la de 4- 6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien, no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos, sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado".

El interés de los reclamantes pone de manifiesto que no estamos en presencia de cualquier tipo de ventaja, moral o hipotética, sino que tiene que tratarse de una ventaja específica derivada de la licitación. Esta ventaja puede consistir en la participación en la licitación o en otra diferente, pero tiene que estar concretada de manera precisa y debe constar a este Tribunal.

En el concreto caso que nos ocupa es preciso analizar si la asociación que reclama reúne ese interés legítimo afectado por el contenido de la reclamación. Si bien es cierto que se ha venido reconociendo la legitimación de los



colegios y asociaciones profesionales para la interposición del recurso especial en materia de contratación en defensa del interés de sus representados, no parece ser este el caso puesto que ni la asociación por sí misma pretendió participar en la licitación y resultar por tanto adjudicataria del contrato ni dice representar otro interés directo. La única razón que este Tribunal estima que se contiene en el recurso para atacar la actuación del órgano de contratación es la presunta incorrección del proceder del mismo, lo cual se puede perfectamente asimilar con el interés por la legalidad de la contratación pública y el respeto a los principios que la informan que, como hemos señalado, no es suficiente según nuestra jurisprudencia, para otorgar legitimación a la asociación recurrente.

Una vez sentada esta conclusión, lo cierto es que según el perfil del contratante solo ha existido acuerdo de modificación, sin formalizar aun, por lo que obviamente tiene el efecto de que no ha podido aún iniciarse la ejecución so pena de incurrir en vía de hecho. No obstante, existen publicaciones del anuncio de la resolución de la modificación que no de la formalización del acuerdo de modificación que es lo que exige el artículo 207 de la LCSP.

Por otro lado, en cualquier caso, el único motivo de recurso especial será el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por entender que debió ser objeto de una nueva licitación. Es decir, no cabía alegar infracción del procedimiento de ejercicio de las prerrogativas de la Administración, ni de las especialidades del 207, ni cualquier otra infracción de la regulación de los modificados como parece poner de manifiesto la recurrente con su recurso. Ello supone que cada vez que se interpone recurso contra el acuerdo de modificación que la recurrente considera ilegal, de tal modo que este Tribunal como encargado de su resolución lo primero que ha de advenir es su admisibilidad entrando al fondo y comprobando que realmente es una nueva adjudicación ilegal o realizada sin el procedimiento legalmente establecido.

Ello va lógicamente anudado a quienes deben considerarse legitimados a efectos del recurso especial. La posibilidad de interponer recurso especial en un modificado de acuerdo con la claridad que se expone en el artículo 44 de la LCSP, podrá ser utilizada únicamente por los interesados que participaron en el procedimiento de adjudicación del contrato inicial que resultaron no adjudicatarios y que considerasen que ese acto de modificación, no se ajusta a los supuestos legales, y cuando el mismo oculte en sí mismo un nuevo acto de adjudicación y no una mera decisión de ejecución contractual, pues de haber conocido la posibilidad habrían presentado su oferta en otras condiciones, y lo son también los potenciales licitadores capacitados para realizar la prestación que se ha adjudicado directamente al contratista del principal, si consideran que dicha modificación les ha impedido participar en un procedimiento de adjudicación con publicidad.

La posibilidad de recurso especial en este modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual, con carácter general.

La única razón que este Tribunal estima que se contiene en el recurso para atacar la actuación del órgano de contratación es la presunta incorrección del proceder del mismo, lo cual se puede perfectamente asimilar con el interés por la legalidad de la contratación pública y el respeto a los principios que la informan que, como hemos señalado, no es suficiente según nuestra jurisprudencia, para otorgar legitimación al recurrente.

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 entidad **ASOCIACIÓN AFECTADOS POR EL PUERTO DE CARBONERAS**, contra la resolución de modificación del contrato denominado



«Concesión de obra para la reordenación y explotación de los servicios náutico recreativos, auxiliares y complementarios al mismo del puerto de Carboneras (Almería)», (Expediente CAC 18001, 2018/322), convocado por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, adscrita a Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, por falta de legitimación con relación al acto impugnado, de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico tercero.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad en la interposición del recurso en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.

