



Recurso nº 149/2015 C.A. Región de Murcia 4/2015

Resolución nº 280/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.S.A., concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcantarilla, frente al acuerdo de adjudicación adoptado en el Pleno del Ayuntamiento de Alcantarilla de 29 de enero de 2015, relativo al contrato de "*Gestión de servicio público, mediante concesión, del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento y conservación de zonas verdes en el término municipal de Alcantarilla (Murcia)*", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante acuerdo del Pleno aprobado en sesión celebrada con fecha 3 de junio de 2014, se acordó aprobar el anteproyecto de explotación y los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación del contrato de gestión mediante concesión de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento y conservación de parques y jardines del término municipal de Alcantarilla.

El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de fecha 19 de junio de 2014. Conforme al artículo 7 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el valor del contrato, incluidas las eventuales prórrogas del contrato y el importe máximo de las modificaciones previstas en el pliego, se establece en la cantidad de 68.014.343,67 euros IVA incluido.

Segundo. Tramitada la licitación conforme a lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, en la sesión ordinaria celebrada por el Pleno el día 29 de enero de 2015 se adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato a la UTE Actúa, Servicios y Medio Ambiente, S.L.-Acciona Servicios Urbanos S.L. Se indicaba en dicha

adjudicación que el contrato tendrá una duración de 10 años, pudiéndose prorrogar por un único periodo de 10 años o bien por un periodo de 5 años cada una de las prórrogas.

Tercero. Contra el referido acuerdo de adjudicación se interpone ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación por parte de D. J.A.S.A., concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcantarilla, mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2015 tanto en Registro del Ayuntamiento como en Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en este segundo caso con entrada el siguiente día 18 en el Registro de este Tribunal.

En el recurso se defiende, en primer término, y a la vista de las previsiones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios. El razonamiento que apoya esta afirmación parte del hecho de que para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público es preciso que el contratista asuma el riesgo derivado de la gestión, entendiéndose el recurrente que en ningún momento se vincula el importe a pagar al mismo con un riesgo real en la explotación del servicio. Considera por ello que se trata de un contrato de servicios que, por su importe, se encuentra sujeto a regulación armonizada.

Partiendo de tal premisa, los motivos de impugnación que se recogen en el recurso se pueden sistematizar como sigue:

- Duración excesiva del contrato, al haberse adjudicado por plazo de diez años prorrogables a otros diez. Al respecto, se indica que la legislación contractual vigente estipula que la duración de los contratos de servicios no podrá exceder de seis años incluidas las prórrogas. Igualmente iría contra el principio de libre competencia al sujetar la prestación de servicios esenciales del municipio durante veinte años a la explotación por una misma empresa privada sin posibilidad de apreciar posibilidad de cambio o mejora a favor de otra forma de gestión o incluso de la misma prohibiendo por tanto la libre competencia.
- El objeto del contrato se integra por la acumulación de materias muy diversas para su gestión por el concesionario, lo que vulneraría la ley de contratos porque las prestaciones que se adjudican no están vinculadas entre sí.

- En cuanto a la elección de esta fórmula contractual, no queda justificado el ahorro en la gestión de los servicios.
- Existe falta de motivación y de concreción de circunstancias esenciales en el acuerdo de adjudicación impugnado. Se alega en este sentido que el acuerdo solo detalla los puntos que tiene cada licitador pero no se justifica motivadamente la elección de la oferta.
- Fraude de ley y vulneración de los principios de igualdad y legalidad en la contratación al incumplir el órgano de contratación las exigencias de la ley y del pliego en cuanto a requisitos para concurrir a la licitación y admisibilidad de los licitadores. En ese punto las mercantiles que se han adjudicado el contrato licitaron conjuntamente, comprometiéndose en caso de ser adjudicatarios a agruparse y constituir una UTE, hecho que se produce por escritura pública de 15 de enero de 2015, y el artículo 57.2 del TRLCSP solo es aplicable al contrato de concesión de obra pública, por lo que la posibilidad que ofrece es inadmisibles en este supuesto.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite la entidad adjudicataria, esto es, la UTE Actúa Servicios y Medio Ambiente, S.L. - ACCIONA Servicios Urbanos, S.L.

Considera este licitador que, frente a lo que se aduce en el recurso, el contrato cuya adjudicación se impugna tiene la naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos, con lo que, a la vista de lo dispuesto en el artículo 40.1.c) TRLCSP, y al no preverse gastos de primer establecimiento para el contrato, su adjudicación no es susceptible de recurso especial.

Se defiende también que el recurso es extemporáneo al dirigir su impugnación contra los pliegos, e igualmente por haber sido interpuesto fuera de plazo, atendiendo a su presentación con fecha 16 de febrero de 2015 en un Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que no es el registro del órgano de contratación, el Ayuntamiento de Alcantarilla, teniendo entrada en el Registro del TACRC más allá del plazo de 15 días hábiles establecido en el 44.2 TRLCSP desde la fecha del acuerdo.

Adicionalmente, entiende este licitador que el contrato está correctamente calificado como concesión de servicio público atendiendo a lo previsto en el artículo 8 PCAP, donde se establece como, con anterioridad al pago, se detraerán los importes correspondientes según los indicadores de calidad establecidos, estimando asimismo que el riesgo derivado de la gestión de los correspondientes servicios se asume íntegramente por el contratista, tal y como se desprende del PCAP, del PPT y del Anteproyecto de Explotación.

En cuanto a la referencia del recurrente a la previsión del artículo 57.2 TRLCSP que permite crear una sociedad concesionaria titular de la concesión, se estima que constituye un error, puesto que en este caso los miembros de la UTE han concurrido sin vulnerar ningún principio de la contratación ni norma sobre la capacidad de los licitadores, mediante la previsión del artículo 59.1 TRLCSP referida a las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

Por último, se niega que exista falta de motivación en la adjudicación del contrato, al estar debidamente motivada la puntuación otorgada en relación a los diversos informes obrantes en el expediente.

Sexto. El órgano de contratación ha evacuado el informe sobre este recurso previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se alude en primer término a la aprobación con fecha 3 de junio de 2014 del inicio de la contratación y los pliegos de condiciones, sin que se impugnase dicho acuerdo, con lo que adquirieron firmeza las condiciones de la contratación establecidas en los pliegos y anteproyecto que rigen el procedimiento de licitación.

Por lo que hace a la alegada falta de motivación de la adjudicación, se apunta que en el acuerdo impugnado figura expresamente que las puntuaciones obtenidas resultan de la valoración del informe técnico obrante en el expediente y que se encuentra a disposición de todos los concejales antes de la celebración del Pleno convocado para la aprobación de la adjudicación.

En lo demás, entiende el Ayuntamiento que, en realidad, el recurso se interpone frente a los pliegos de condiciones que rigieron la licitación, sin que goce de legitimación para interponerlo el concejal recurrente, puesto que, según se afirma en el informe, ningún derecho o interés legítimo del mismo se vería afectado por las decisiones que se adopten por el Consistorio a resultas del presente procedimiento de licitación.

Además, considera el órgano de contratación que el recurso resulta extemporáneo, al dirigirse frente a la calificación del contrato establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que estima que debió ser presentado en el plazo de quince días hábiles siguientes a aquel en que dicho pliego fue publicado, tal y como establece el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Asimismo, se invoca el art. 40.1.c) del TRLCSP, conforme al cual sólo cabe este recurso especial en materia de contratación frente a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, estimando que los gastos de primer establecimiento de los servicios incluidos en el objeto del contrato no son superiores a 500.000 euros, razón por la cual procedería asimismo la inadmisión del recurso.

Al margen de lo anterior, se estima por el Ayuntamiento que procedería, en cualquier caso, desestimar el recurso presentado, por cuanto el objeto del contrato se corresponde con un contrato típico de gestión de servicios públicos.

Así, se indica que el artículo 4 del pliego administrativo establece explícitamente como riesgo y ventura del contrato, asumido por el concesionario, las variaciones que pueden afectar a todos los servicios incluidos en el objeto del contrato, respecto a las condiciones iniciales de la prestación, y, además, el concesionario deberá asumir, a su riesgo, la calidad del servicio percibida por los vecinos que reciben dichos servicios, con incidencia directa en su retribución.

Séptimo. Con fecha 2 de marzo de 2015 la Secretaría de este Tribunal acordó levantar la suspensión del procedimiento de licitación producida como consecuencia de lo dispuesto en el art. 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 1 y 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 5 de noviembre de 2012.

Segundo. La primera cuestión a resolver es la relativa a la propia procedencia de este recurso especial, lo que entronca necesariamente con la determinación de cuál sea la auténtica naturaleza del contrato cuya adjudicación se impugna.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, el recurrente defiende que, en contra de lo establecido por el órgano de contratación en los documentos rectores del contrato, el mismo merece la calificación de contrato de servicios, y no la de concesión de servicios públicos, lo que es negado tanto por el órgano de contratación en su informe como por la UTE adjudicataria en sus alegaciones. Habremos de abordar pues esta cuestión, sin que pueda erigirse en obstáculo para ello, como defiende el Ayuntamiento, el hecho de que no se impugnase en su día el PCAP, puesto que, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal (por todas, Resolución nº 421/2014, de 30 de mayo), con apoyo en una consolidada doctrina jurisprudencial, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes.

Desde tal perspectiva, lo cierto es que, al margen de lo que se disponga en los pliegos, será la auténtica naturaleza del contrato la que determine tanto la procedencia de este recurso como, de ser el mismo admisible, el régimen jurídico tanto procedimental como sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean.

Teniendo presente lo anterior, partiremos de lo dispuesto en el art. 2 del PCAP, donde se define la naturaleza de la relación que vinculará al adjudicatario con el Ayuntamiento como la derivada de un contrato de gestión de servicios públicos, mediante concesión, debiéndose analizar si es tal efectivamente la naturaleza del contrato, o, por el contrario, y como defiende el recurrente, nos encontramos ante un contrato de servicios.

Tal y como viene reiterando este Tribunal en numerosas resoluciones, el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio. Con base en dicha premisa, hemos abordado la diferenciación entre el contrato de servicios y la concesión de servicio público. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, tras indicar que la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación, señalábamos que en los términos en que se define la “concesión de servicios” en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica *“la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Insistiendo en esta consideración, en la Resolución 141/2015, de 13 de febrero, tomando también como referencia informes sobre esta materia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puntualizábamos que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la

concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

Como asimismo se refleja en esta última Resolución, en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que *“El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”*.

Parece patente así que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Abundando sobre todas estas consideraciones, en la Resolución nº 082/2014, de 5 de febrero, acudíamos a lo expuesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, donde se señala lo siguiente:

“Los razonamientos anteriores ya han puesto de manifiesto que para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público no es preciso que los ingresos que perciba el concesionario procedan de los usuarios del mismo, sino que asuma el riesgo derivado de la gestión. Esto supone que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependan exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario”.

Así las cosas, en el presente contrato observamos como la remuneración del contratista se abona directamente por la Administración contratante (art. 8 del PCAP), mediante pagos mensuales de importe fijo, en proporción al precio de adjudicación (retribución alzada que es independiente de la mayor o menor actividad real que asuma el contratista), previéndose incluso cláusula de revisión de precios (art. 9 del PCAP), sin que quepa advertir de las cláusulas del pliego que el riesgo derivado de la explotación del servicio sea asumido por el concesionario. En efecto, si bien en la cláusula 4.1 del PCAP se realiza una declaración formal de que el servicio se gestionará a riesgo y ventura del concesionario, no existe ninguna previsión específica de que ello realmente vaya a ser así, es decir, de que los ingresos de aquel dependan del mayor o menor uso del servicio que hagan los destinatarios, limitándose ese proclamado riesgo y ventura al que es propio de todo contrato administrativo (art. 215 TRLCSP), mientras que en el caso del contrato de gestión de servicios públicos resulta característico, adicionalmente, el que la retribución del contratista dependa de los rendimientos de su explotación, algo que aquí no se contempla, refiriéndose el pliego al abordar el riesgo y ventura del contratista a los efectos sobre el mismo de determinadas modificaciones del objeto de los servicios a prestar, cuestión distinta que aquí no nos corresponde abordar.

Conviene advertir aquí, adicionalmente, que, si bien es cierto que los pliegos establecen un sistema de inspección y control de la calidad del servicio por parte del Ayuntamiento (arts. 1 y 16), y que el precio a abonar puede resultar condicionado por su resultado, ello no es suficiente para concluir que nos encontramos en presencia de una concesión. Citamos a este efecto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe

22/09, de 25 de septiembre de 2009, previamente reseñado, donde se indica que *“no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación. Eso sí, es indiferente que estos rendimientos provengan directamente de los usuarios del mismo o de la Administración concedente.”*

Sentado lo anterior, resulta evidente que en el caso presente no es apreciable la asunción por el contratista de riesgo derivado de su explotación, como consecuencia de la prestación compensatoria de la Administración. Ello significa que al no existir asunción de riesgo en la explotación del servicio, el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicio público.

Teniendo presente lo anterior, y dado que se trata de un contrato que tiene por objeto alguna de las actividades contempladas en el Anexo II del TRLCSP (categorías 16ª: Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares, y 27ª: Otros servicios), cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, no existe duda alguna que se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada incluido dentro del ámbito del recurso especial en materia de contratación, habiéndose además interpuesto el recurso contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40.2.c) del TRLCSP, al referirse a la adjudicación del contrato.

Tercero. Aclarado lo anterior, el recurso debe asimismo tenerse por interpuesto en plazo, puesto que, de una parte, ya hemos aclarado anteriormente que el mismo se dirige formalmente frente al acuerdo de adjudicación, pudiendo cuestionarse con ocasión de ello cuál sea la auténtica naturaleza del contrato, y, de otra, habiéndose adoptado dicho acuerdo en sesión plenaria de fecha 29 de enero de 2015, consta en el expediente la presentación del recurso el 16 de febrero de 2015 en el Registro del Ayuntamiento de Alcantarilla, dentro del plazo legal de 15 días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP. Adicionalmente a ello, tal y como pone de manifiesto la UTE adjudicataria en

sus alegaciones, se presentó asimismo en un Registro de la Comunidad Autónoma, lo que no afecta a su admisibilidad.

El recurso resulta pues admisible, sin perjuicio de lo que haya de resolverse sobre las cuestiones de fondo planteadas en relación con distintas cláusulas del PCAP, según tendremos ocasión de examinar.

Asimismo, se ha aportado copia del anuncio previo previsto en el art. 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP. Al respecto, y conforme viene reiterando este Tribunal (entre otras, Resoluciones nº 299/2014 y 57/2013), el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) contempla un supuesto especial de legitimación en caso de acuerdos municipales. La interpretación que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho del artículo 63.1.b) de la LBRL ha sido unánime en el sentido de considerar que solo los miembros que forman parte de un órgano colegiado del Ayuntamiento y que votan en contra del acuerdo adoptado están legitimados para impugnar tal acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, afirmando que dicha norma no afecta a los concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnarlo atendiendo a las reglas generales de legitimación; no obstante, no pueden ignorarse las Sentencias del Tribunal Constitucional que sientan una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los acuerdos de sus órganos, que excede de lo expuesto, reconociendo la legitimación de los Concejales, aunque no pertenezcan a los órganos municipales que adopten el acuerdo, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostenta, con la sola excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote en contra de la adopción del acuerdo de que se trate.

Por tales razones, debe estimarse que el artículo 63 de la LRBRL y la doctrina citada amparan la legitimación del concejal recurrente para interponer el presente recurso, pues el artículo 63 no distingue ni limita el cauce de impugnación.

Quinto. Partiendo pues de que nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada habremos de examinar los motivos de impugnación articulados por el demandante. Comenzaremos para ello, siguiendo un orden lógico en nuestra exposición, por los que tienen por objeto la crítica del sistema de contratación escogido. A tal respecto, el recurrente cuestiona tanto el propio hecho de haberse acudido a la contratación de estos servicios para su prestación por un tercero, al estimar que no se justifica el ahorro de costes esgrimido por el Ayuntamiento, como, en segundo término, la acumulación de distintas prestaciones en un único contrato, y por último, y en relación con la caracterización del tipo contractual, se impugna la calificación como concesión de servicios y la duración de la misma, superior al límite máximo establecido por el TRLCSP para el contrato de servicios. A la hora de entrar a examinar estas cuestiones tenemos en cuenta no ya solo la doctrina de este Tribunal acerca de la posibilidad de invocar en cualquier momento un vicio de nulidad de pleno derecho que pueda afectar a alguna de las cláusulas de los pliegos, sino asimismo el hecho de que, al encontrarse incorrectamente calificado el contrato desde el inicio de la licitación, la propia procedencia de este recurso especial ha requerido desvelar su auténtica naturaleza como contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, lo que impone valorar con cautela la posible existencia de actos firmes en el procedimiento por no haber sido impugnados en esta vía.

En lo que hace a la decisión municipal de contratar estos servicios, no cabe sino recordar que, como ya apuntábamos en nuestra Resolución nº 731/2014, de 3 de octubre, la decisión acerca de acometer la celebración de un contrato, así como la elección del cauce adecuado para la licitación, siempre con respeto a los parámetros legalmente establecidos para los distintos procedimientos de contratación, son cuestiones que se enmarcan dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa. El órgano de contratación, ante la necesidad de proveerse de determinados bienes, obras o servicios, puede, dentro de las posibilidades que le ofrece la normativa de contratación pública, elegir libremente los términos en los que plantear la contratación y el cauce o procedimiento a seguir. En tal sentido, señalábamos asimismo en nuestra Resolución nº 292/2012, de 5 de diciembre, que, en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, el órgano de contratación puede decidir libremente si celebra o no determinado contrato, y, en caso afirmativo, el contenido de la prestación objeto del mismo.

De otra parte, y en lo relativo a la acumulación de distintas prestaciones en un mismo contrato, se advierte como las prestaciones en cuestión (servicios de recogida y transporte de residuos urbanos, de limpieza viaria, así como el mantenimiento y conservación de parques y zonas verdes municipales, conforme al art. 1 del PCAP) se encuentran directamente vinculadas entre sí y resultan complementarias, pudiendo tratarse como una unidad funcional, por lo que resulta posible su acumulación como objeto de un único contrato (atendiendo a la interpretación que este Tribunal viene haciendo de lo dispuesto en el art. 25.2 TRLCSP - Resoluciones nº 780/2014 y 346/2013), y no se advierte aquí infracción legal alguna.

Por lo que se refiere a la caracterización del contrato, ya hemos tenido ocasión de razonar que sí que puede cuestionarse al impugnar la adjudicación, puesto que el tipo contractual de que se trate no puede quedar desnaturalizado por el hecho de no haberse impugnado los pliegos. Como ya se ha indicado, se trata efectivamente de un contrato de servicios, no de una concesión de servicio público, debiendo examinarse aquí cual pueda ser la trascendencia de ello a los efectos de la pretendida anulación del acuerdo de adjudicación del contrato, teniendo presente en este análisis la posibilidad de impugnar en cualquier momento las cláusulas de los pliegos que puedan resultar afectadas por una causa de nulidad de pleno derecho.

Así, cabe traer a colación lo razonado por este Tribunal en la Resolución nº 931/2014, de 18 de diciembre:

“El Tribunal viene manteniendo la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del

contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna’.” (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, entre otras muchas). De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre)”.

Asimismo, en la Resolución nº 103/2015, de 30 de enero, con cita de otras anteriores, y en relación con la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad, nos remitíamos a la doctrina jurisdiccional sobre este punto, conforme a la cual, en el ámbito del Derecho administrativo, la nulidad de pleno Derecho es cuestión de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración, lo que resulta de aplicación también respecto de este Tribunal.

De otra parte, y como hemos tenido asimismo ocasión de señalar (Resoluciones nº 862/2014 y 499/2014), el solo error en la calificación de un contrato no acarrea vicio de legalidad alguno, salvo que a consecuencia de ello se infrinja algún precepto sustantivo o procedimental, cuestión que es pues la que nos corresponde ahora analizar.

A tal respecto, el recurrente pone de manifiesto en su recurso cómo la errónea calificación del contrato como concesión de servicio público resulta determinante de su invalidez.

Al hilo de esa errónea calificación del contrato, denunciada en el recurso, podemos abordar los efectos que ello produce, sin merma del carácter revisor de este Tribunal (teniendo presente además, y en todo caso, lo ya apuntado en torno a la apreciación de oficio de los vicios de nulidad de pleno derecho).

Así, nos encontramos con que, tratándose de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, la licitación debió haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 142.1 del TRLCSP, y, sin embargo, ello no ha tenido lugar, en atención además a lo expresamente previsto en el art. 24 del PCAP, conforme al cual:

“Por tratarse de contrato no sujeto a regulación armonizada, según lo previsto en el artículo 13 del TRLCSP, la publicación del anuncio de licitación deberá efectuarse en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 142 del TRLCSP y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Alcantarilla”.

Esta cláusula infringe así lo dispuesto en el citado art. 142.1, y la falta de publicación en el DOUE que conlleva constituye un vicio de nulidad de pleno Derecho conforme al art. 37.1.a) del TRLCSP (*“Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207. 000 euros serán nulos (...) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”*).

Así pues, la errónea calificación del contrato en el PCAP ha resultado determinante de que en el procedimiento de licitación se haya incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho, no ya sólo conforme a la expresa previsión del citado art. 37.1.a), sino asimismo atendiendo al supuesto contemplado en el art 62.1.e) de la LRJPAC, al haberse prescindido de un trámite esencial en el procedimiento de contratación, cual es la publicación en el DOUE, por lo que debe entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Tal y como ya razonábamos en la Resolución nº 394/2014, de 19 de mayo:

“Sin embargo, habida cuenta de que la omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea no sólo vulnera lo dispuesto en el artículo 142.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y los artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, sino que, sobre todo, supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria, es preciso profundizar acerca de la posible estimación del motivo alegado, considerando que la licitación convocada adolecería de un vicio de origen calificable como nulidad de pleno derecho. En efecto, la falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia que consagra de modo expreso en su considerando segundo la Directiva que antes hemos mencionado.

Constituye, por tanto, la publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento.

En tales términos, debe considerarse que la licitación se encuentra incurso en el supuesto de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso por remisión del artículo 32 a) TRLCSP.

Tal supuesto contempla la nulidad de pleno derecho de los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, dentro del cual reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo considera que deben incluirse los casos de omisión de trámites esenciales del procedimiento.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento cuya tramitación se ha iniciado mediante una convocatoria que adolece de un defecto esencial cual es la falta de la publicidad indispensable”.

Al advertirse esta causa de nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado y del procedimiento de licitación, no resulta necesario examinar el resto de motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente, si bien no podemos dejar de señalar que la incorrecta calificación del contrato ha provocado asimismo que se infrinja lo dispuesto en el art. 303.1 del TRLCSP en cuanto a la duración máxima de los contratos de servicios, ampliamente excedida por la prevista en el art. 10 del PCAP (10 años con posibilidad de prórroga hasta los 20 años), lo que igualmente habría de resultar subsanado en el nuevo procedimiento de licitación que pudiera iniciarse como consecuencia de la anulación que se acordará.

En suma, procederá por las razones expresadas anular el acuerdo de adjudicación, y asimismo declarar la nulidad del procedimiento de licitación, al haberse incurrido en el reseñado vicio de nulidad de pleno derecho, lo que se traslada a todo el procedimiento, dada la esencialidad del vicio advertido, sin que resulte posible limitar la declaración de nulidad a concretas cláusulas del pliego.

Tal y como ya indicábamos en nuestra Resolución nº 302/2011, de 14 de diciembre, en relación asimismo con la apreciación de un supuesto de nulidad radical ex 62.1.e) de la Ley 30/1992, en estos casos no resulta viable la retroacción de las actuaciones, pues subsistentes los vicios sustanciales del Pliego, el procedimiento de licitación ajustado al mismo devendría siempre nulo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.A.S.A., concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcantarilla, frente al acuerdo de adjudicación adoptado en el Pleno del Ayuntamiento de Alcantarilla de 29 de enero de 2015 relativo al contrato de "*Gestión de servicio público, mediante concesión, del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento y conservación de zonas verdes en el término municipal de Alcantarilla (Murcia)*", anulando dicho acuerdo de adjudicación y declarando la nulidad de pleno Derecho de todo el procedimiento de licitación, todo ello con

retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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