



Recursos nº 309 y 310/2015 C.A. Valenciana 61 y 62/2015

Resolución nº 360/2015

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

En Madrid, a 24 de abril de 2015.

VISTOS los recursos interpuestos por D. S.O.C., en representación de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Canet d'En Berenger, de fecha 12 de febrero de 2015, por el que se adjudica el contrato de la concesión de la gestión del servicio público de recogida de Residuos Sólidos Urbanos, restos de poda, muebles y enseres, envases y papel y cartón en el término municipal de Canet D'En Berenguer, el Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Ayuntamiento de Canet D'En Berenguer se convocó, mediante anuncio publicado con fecha 29 de noviembre de 2013 en el Boletín Oficial de Valencia, licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación de la concesión de la gestión del servicio público de recogida de Residuos Sólidos Urbanos, restos de poda, muebles y enseres, envases y papel y cartón en el término municipal de Canet D'En Berenguer.

Segundo. Previamente habían sido aprobados los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que fueron objeto de impugnación por parte de dos concejales del Ayuntamiento de Canet D'En Berenguer ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por entender que no existía una verdadera concesión de servicio público ya que, en su opinión, el principio de que el concesionario asumiera el riesgo y ventura de la explotación estaba ausente de los pliegos impugnados.



Tercero. Este Tribunal dictó resolución de fecha 5 de febrero de 2014 (recuso nº 1008/2013) en la que entendió que, dado que el contratista no asumía riesgo en la explotación del servicio, el contrato no podía ser calificado como de concesión de servicios. Antes al contrario, el mismo debía ser considerado como un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Por ello, admitió el recurso y estimó parcialmente el mismo anulando la cláusula 10ª y los dos primeros párrafos de la cláusula 16ª del pliego de cláusulas administrativas particulares. Asimismo este Tribunal, en esta resolución, decretó la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de licitación a fin de que el órgano de contratación acometiera una nueva redacción de los pliegos que se ajustara a lo decidido en la misma y, una vez verificado, llevara a cabo la correspondiente publicación señalando plazo para la presentación de ofertas.

Cuarto. En cumplimiento de lo acordado por este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Ayuntamiento de Canet D'En Berenguer redactó un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares y un nuevo pliego de prescripciones técnicas conforme a los cuales el contrato seguía siendo calificado como de gestión de servicios públicos a la par que se introducían nuevas cláusulas y se modificaban alguna de las existentes con anterioridad.

En particular, y por lo que aquí interesa, la cláusula 3ª bajo la rúbrica Presupuesto de Contratación, señala ahora que:

“El presupuesto del contrato y retribución al contratista, que servirá de base a la licitación, se establece de forma variable e indeterminada en función del uso que los usuarios hagan de los servicios, a riesgo y ventura del contratista, en forma de euros/tonelada, según la siguiente tabla, de retribución máxima, por rangos:

Tu Rango inferior	Tu rango superior	Tipo licitación E/Tn, 10% no incluido, mejorable a la baja
2.500	2.800	135,88 €
2.801	3.100	129,17 €
3.101	3.400	123,11 E
3.401	3.700	117,56 €



3.701	4.000	112,50 €
4.001	4.300	108,08 E
4.301	4.600	105,03 €
4.601	4.900	101,39 €
4.901	5.200	98,02 €
5.201	5.500	94,90 €

Las Tn/año, lo son de todas las fracciones incluidas en el presente contrato que afecten a los servicios incluidos en los pliegos.

Tomando como base el rango entre 3.701-4.000 Tn/año, para la primera anualidad, resulta un canon 112,50 €, 10% de IVA no incluido, mejorable a la baja.

De este modo, para la primera anualidad, el tipo de licitación máximo será de 450.000 euros/año, 10% de IVA no incluido.

En ningún momento, se admitirán propuestas económicas superiores al tipo de licitación anteriormente expuesto.

La base de licitación se establece, según la duración inicial del contrato, en 4.500.000 euros no incluido el 10 % de IVA.

No se valorarán bajas económicas superiores al 5% del tipo de licitación (106,88 euros/Tn). La baja económica ofertada deberá ser la misma en todos los rangos de Tn/año".

Quinto. Tras la aprobación de los pliegos, el Ayuntamiento de Canet D'En Berenguer convocó nuevamente, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia (23 de abril de 2014), licitación pública para la contratación de la gestión del servicio público de recogida de Residuos Sólidos Urbanos, restos de poda, muebles y enseres, envases y papel y cartón en el término municipal de Canet D'En Berenguer con un presupuesto base de licitación de 4.500.000 euros más IVA.

Sexto. Licitación que concluyó con el Acuerdo de 12 de febrero de 2015 en el que se acordó la adjudicación del contrato a la mercantil ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.L.U. por un importe de 427.500 euros más 42.750 euros en concepto de 10% de IVA lo que hace un montante total de 470.250 euros (en el rango de 3.701-4.000 Tn a 106,88 más 10% de IVA),



por 10 años de duración del contrato. Asimismo, en este acuerdo se requirió al adjudicatario para que en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a la publicación de la adjudicación en el perfil del contratante, constituyera la garantía definitiva por importe del 5% del importe de la adjudicación del contrato, sin incluir el IVA y demás documentación de la cláusula 12ª del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, y abonara los gastos de publicación con motivo de la preparación y adjudicación del contrato que ascendían a 216,68 euros.

Séptimo. Este acuerdo fue notificado a todos los licitadores con fecha 18 de febrero de 2015 constando en el expediente administrativo los acuses de recibo de la notificación.

Octavo. La recurrente interpuso contra el mismo sendos recursos de reposición ante el Ayuntamiento de Canet D'En Berenguer los días 2 y 17 de marzo de 2015.

Noveno. En fecha 8 de abril de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Undécimo. En fecha 1 de abril de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo presentado alegaciones en este trámite SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L. el 8 de abril de 2015 y ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L. el 9 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De acuerdo con el art. 41.1 y 3 del TRLCSP, de 14 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, junto con la Resolución de 10 de abril de 2013 (BOE 17 de abril de 2013) por la que se publica el Convenio de Colaboración con la Comunidad Autónoma de Valencia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, este Tribunal es competente para conocer de los recursos especiales en materia de contratación.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer los recursos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP a cuyo tenor "Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica



cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

Tercero. En cuanto a la interposición, cabe señalar como el acto de adjudicación es de fecha 12 de febrero de 2015 y fue notificado el día 18 de febrero 2015 por lo que, habiendo la recurrente presentado los recursos de reposición los días 2 y 17 de marzo de 2015, se ha de entender que el último de ellos lo ha sido fuera del plazo fijado en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. Los recursos se formulan contra el acuerdo de adjudicación que es un acto sujeto a recurso especial de acuerdo con el artículo 40.2 del TRLCSP.

Quinto. En cuanto a la impugnabilidad del acto administrativo recurrido, debemos analizar, en primer lugar, la naturaleza del contrato a que se refiere, y que ha sido calificado por el Ayuntamiento como un contrato de gestión de servicio público de los previstos en el artículo 8 del TRLCSP.

Y es que, al haber configurado el órgano de contratación el contrato como de "gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión", de no existir gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, no cabría, en principio, el recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP según el cual serán susceptibles del recurso especial en materia contratación 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"*.

Procede, por ello, analizar en primer término la verdadera naturaleza del contrato cuyos pliegos se combaten en este recurso en la medida en que la previa calificación del mismo como de gestión de servicio público no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público tal y como hemos señalado, entre otras, en las resoluciones 215/2014, 149/2014, 222/2013, 265/2012 y 154/2011.

Y es que, como recuerda la jurisprudencia de manera constante, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000-y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS



6115/2010, STS, Sala III, de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-), o, en palabras del Informe del Tribunal de Cuentas nº 620, de 27 de enero de 2004 (pág. 29), “la naturaleza de un contrato no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la calificación que le haya dado el órgano de contratación, sino en consideración a su verdadero objeto y finalidad”.

Como señalábamos en la resolución número 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”. Aceptar la calificación que hace el PCAP “y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”.*

Sexto. Sentado lo anterior, la resolución de los presentes recursos exige partir de lo señalado por este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la anterior Resolución nº 8272014, recurso 1008/2013, en la que, como ya se ha indicado en los antecedentes de hecho de esta resolución, se entendió que el contrato cuyos pliegos estaban siendo impugnados era de servicios públicos y no de gestión de servicios públicos.

De este modo, en aquella resolución, este Tribunal, para examinar esta cuestión, partió de lo señalado en los pliegos, en concreto, el artículo 57 del Pliego de Prescripciones Técnicas según el cual *“Como consecuencia de los trabajos a realizar por los distintos equipos que se propongan, los licitadores indicarán en sus ofertas los aspectos de organización que consideren, concretando en particular: organigrama detallado de todos los elementos personales y materiales aportados; sistemas de control que permitan proporcionar al Ayuntamiento todos los datos requeridos en orden a la justificación de los trabajos realizados; relación de puestos de mando previstos a todos los niveles con sus funciones generales; mantenimiento del parque móvil; planificación operativa de los trabajos; gestión de personal y seguros sociales”.*

Por su parte, la cláusula 16ª del PCAP establecía que el concesionario gestionará el servicio a su riesgo y ventura e indicaba que *“será competencia del Ayuntamiento la aprobación de la ordenanza correspondiente a la Tasa por la recogida y transporte a vertedero, la cual en*



ningún caso, debe tener correspondencia con el precio que se oferte y se adjudique al contratista adjudicatario, ya que estamos ante un contrato que es a riesgo y ventura, y por tanto, con independencia con lo que el Ayuntamiento apruebe en la ordenanza, sea su montante más o menos del precio de adjudicación, el contratista deberá de recibir en cualquier caso el importe de su puja, sin que exista igualdad entre éste y la recaudación que se realice en base a la ordenanza precisamente por la razón de que el riesgo debe correrlo el adjudicatario".

La cláusula 18ª del PCAP establecía que era obligación del Ayuntamiento "1.Evaluar y emitir informe sobre la labor desarrollada por el adjudicatario en referencia al servicio, 2. Controlar el proceso de ejecución del contrato y de la facturación. Previa a la entrega, los técnicos municipales revisarán la documentación facilitada por el adjudicatario. Será responsable del contrato el técnico municipal de medio ambiente que se responsabilizará del contrato, en cuanto a la supervisión y control de la totalidad de los servicios a realizar, comprobando que se cumplen los servicios con los parámetros de calidad ofertados".

Asimismo, la cláusula 21ª del PCAP señalaba que "La Administración abonará el precio del contrato y de sus variaciones legales, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de las facturas de los trabajos objeto del servicio y contra entrega de la factura o facturas correspondientes. Atendidas las características del contrato si se podrá realizar el pago parcial del precio mediante abonos a cuenta mensualmente por los trabajos efectivamente realizados y valorados durante cada periodo. Las facturas presentadas serán conformadas por el técnico de medio ambiente y teniendo en cuenta los sistemas de calidad y prestación de los trabajos".

Por todo ello, el Tribunal constataba como la remuneración del contratista procedía de la Administración concedente (lo cual, en principio, no hubiera desnaturalizado la calificación del contrato como de concesión) y como, además, el riesgo derivado de la explotación del servicio no era asumido por el concesionario.

Y es que "...si bien los pliegos realizan una declaración formal de que el servicio se gestionará a riesgo y ventura del concesionario, no observamos en sus disposiciones ninguna previsión específica de que ello sea así, es decir, de que los ingresos de aquel dependan del mayor o menor uso del servicio que hagan los destinatarios.



Así, si bien es cierto que los pliegos establecen un sistema de control y fiscalización de la calidad del servicio por parte de los técnicos del Ayuntamiento y que el pago del precio puede resultar condicionado por su resultado, ello no es suficiente para concluir que nos encontramos en presencia de una concesión. En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha señalado en su Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, 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 el riesgo asumido por el contratista en el caso presente es, como consecuencia de la prestación compensatoria de la Administración, nulo. Ello significa que al no existir asunción de riesgo en la explotación del servicio el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicios".

Por ello, y rechazada la calificación del contrato como de gestión de servicios públicos, el Tribunal consideró que debía ser considerado como un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada al tener por objeto una de las actividades contempladas en el Anexo II del TRLCSP (categoría 16ª: Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares), con un valor superior a 207.000 euros (artículo 16 del TRLCSP).

Séptimo. Por ello, admitió el recurso y anuló dos cláusulas del PCAP. Por un lado la cláusula 16ª en la que se preveía un plazo de duración del contrato de diez años más dos posibles prórrogas anuales, puesto que conforme al artículo 303.1 del TRLCSP los contratos de servicios no pueden tener una duración superior seis años, incluidas las prórrogas. Y, por otro lado, la cláusula 10ª por no respetar el criterio de valoración separada y anticipada de los criterios que dependen de un juicio de valor respecto de los de valoración automática.

Por otro lado, y si bien el Tribunal señalaba, en lo que se refería a la publicidad de la licitación, que si bien no había constancia de que se hubiera publicado el correspondiente anuncio en el DOUE, lo que resultaba preceptivo conforme al artículo 141.1 del TRLCSP, por ser un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, no habiendo sido esta



cuestión planteada por los recurrentes, no cabía pronunciarse sobre la validez del acuerdo publicado.

Por todo ello, como ya se ha dicho, anuló la cláusula 10ª y los dos primeros párrafos de la cláusula 16ª del pliego de cláusulas administrativas particulares y decretó la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de licitación a fin de que el órgano de contratación acometiera una nueva redacción de los pliegos que se ajustara a lo decidido en la misma y, una vez verificado, llevara a cabo la correspondiente publicación señalando plazo para la presentación de ofertas.

Octavo. Ahora bien, y en lugar de realizar estas actuaciones, el órgano de contratación llevó a cabo una modificación de los pliegos para poder seguir manteniendo la calificación del contrato como de gestión de servicios públicos.

Así, y principalmente, llevó a cabo una nueva redacción de la cláusula 3ª conforme a la cual *“El presupuesto del contrato y retribución al contratista, que servirá de base a la licitación, se establece de forma variable e indeterminada en función del uso que los usuarios hagan de los servicios, a riesgo y ventura del contratista, en forma de euros/tonelada, según la siguiente tabla, de retribución máxima, por rangos...”*.

Vemos que, ahora, tras la nueva redacción, la retribución a percibir por el contratista depende del mayor o menor uso del servicio que hagan los destinatarios.

Razón por la cual la cláusula 21ª del actual pliego de cláusulas administrativas particulares, tras señalar, como en la anterior redacción que *“La Administración abonará el precio del contrato y de sus variaciones legales, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de las facturas de los trabajos objeto de servicio y contra entrega de factura o facturas correspondientes”*, indica a continuación como *“El contratista recibirá mensualmente a efecto de pago una duodécima parte del número de toneladas previstas multiplicado por el precio asignado al rango en su proposición económica. Para el primer año se entiende el número de toneladas previstas 4.000 Tn, en los ejercicios sucesivos se tomará como previsión de recogida el número de toneladas efectivamente realizadas en el año anterior. Finalizada cada anualidad se procederá a regularizar los pagos mensuales por el número de toneladas efectivamente realizadas tomando como precio el asignado por el contratista en su proposición, garantizando el cumplimiento del principio de riesgo y ventura”*.



Se ha de concluir, por ello, que, dado que con la nueva redacción de los pliegos, la retribución a percibir por el contratista sí depende del uso que del servicio hagan los usuarios (número de toneladas recogidas), el contrato sí puede ser calificado como de gestión de servicios públicos.

Y es que, como también señalábamos en la citada resolución número 154/2011 de 1 de junio, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa 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”*.

Se ha de concluir, en suma, que el objeto del contrato se acomoda a lo señalado en el artículo 8 del TRLCSP a cuyo tenor *“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”*.

Y ello porque el contrato implica asunción de riesgo por parte del empresario quien no percibirá un precio tasado y fijo por la prestación de los servicios que configuran el objeto del contrato sino que, antes al contrario, el mismo dependerá del uso más o menos intenso hecho por los usuarios.

Cabe afirmar, en consecuencia, que estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos razón que solo procedería admitir este recurso para el caso de que, conforme al artículo 40.1.c) del TRLCSP, los gastos de establecimiento fueran superiores a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años. Sin embargo, en el presente caso según se deduce del expediente, los gastos de primer establecimiento no superan dicha cuantía.



Por lo demás, y aunque este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos de manera que no le corresponde pronunciarse sobre cuestiones no planteadas por los recurrentes, cabe señalar que, si bien la duración del contrato sigue siendo de diez años con dos posibles prórrogas, la misma es conforme a Derecho al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos. Por otro lado, actualmente, tras la nueva redacción, los pliegos respetan el criterio de valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática (véase a este respecto la cláusula 4ª donde se regulan los criterios objetivos para la adjudicación y la 7ª donde se recoge la presentación de tres sobres, el de documentación administrativa, el de criterios de adjudicación no evaluables automáticamente mediante cifras o porcentajes para la licitación y del de proposición económica).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir los recursos interpuestos por D. S.O.C., en representación de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Canet d'En Berenger, de fecha 12 de febrero de 2015, por el que se adjudica el contrato de la concesión de la gestión del servicio público de recogida de Residuos Sólidos Urbanos, restos de poda, muebles y enseres, envases y papel y cartón en el término municipal de Canet D'En Berenguer.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, 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 Comunidad Valenciana, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.