



Recurso nº 1139/2016 C.A. Galicia 160/2016

Resolución nº 49/2017

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

En Madrid, a 20 de enero de 2017.

VISTO el recurso presentado por D.M.J.C.G., en representación de la mercantil CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, CESPA), contra el acuerdo del Concello de A Illa de Arousa de 10 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el contrato de gestión de servicios públicos para la recogida de residuos municipales y gestión del punto limpio del Concello de A Illa de Arousa; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 3 de marzo de 2016 el Pleno municipal aprobó los "Pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del servicio público de recogida de residuos municipales y gestión del punto limpio del Concello de A Illa Arousa". El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra de 11 de marzo de 2016 (número 49).

El presupuesto base de licitación era de 125.127,27 euros, y el valor estimado de 1.501.527,27 euros.

Segundo. En lo que nos interesa, el PCAP señala:

"CLÁUSULA PRIMERA. Objeto y Calificación.

El normal desarrollo de la actividad de A Illa de Arousa, determina la necesidad de realizar los trabajos de recogida de residuos del Concello, así como la necesidad de tener



un punto de recogida adecuado para el tratamiento de esos residuos generados para su posterior tratamiento.

El objeto del contrato es la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y enseres, que incluye la recogida de basura, recogida selectiva de envases ligeros, de vidrio y recogida de cartones en iglús, así como la gestión de punto limpio mediante la modalidad de concesión, definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y en los términos de las prescripciones generales que se desarrollan en el mismo y de las que resulten de la proposición del adjudicatario, así como cualquier variación que se precise efectuar por parte de la Administración, tanto en el servicio de recogida de residuos de todo tipo como del servicio de punto limpio, con motivo de futuras actuaciones urbanísticas.

Al no disponer el Concello de los medios materiales y humanos necesarios para el desarrollo de estos servicios se hace necesaria la contratación de una empresa capacitada para la prestación del servicio.

Se hace constar que el objeto del contrato, conforme al Reglamento (CE) n° 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV, se corresponde con la codificación siguiente: 90511100-3 (Servicios de recogida de desperdicios sólidos urbanos), 90511200-4 (Servicios de recogida de desperdicios domésticos), 90511300-5 (Servicios de recogida de basuras).

El contrato definido tiene la calificación de contrato administrativo de gestión de servicios públicos tal y como establece el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

(...)"

“CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA. Riesgo y Ventura.



La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista según lo dispuesto en el artículo 215 del TRLCSP, con asunción de todos los costes y gastos relacionados con el tratamiento de los residuos, beneficiándose éste de los ingresos procedentes de los mismos.

No obstante corresponderá a este Ayuntamiento la asunción del canon a abonar a SOGAMA.”

“CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA. Prestaciones económicas.

El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas convenidas. El pago del precio al contratista se efectuará contra la emisión de la correspondiente factura a razón de doce pagos por año natural, ponderado en cada caso en función del grado de cumplimiento de los índices de calidad y eficiencia que se establecen a continuación:

ÍNDICES DE CALIDAD Y EFICIENCIA EN EL SERVICIO DE RECOGIDA DE RESIDUOS

1.- Índice de imagen (li): *Mide la composición e imagen de los equipos humanos y materiales de trabajo. Peso de reducción = Entre 0 y 1 puntos.*

(...)

El cumplimiento de esos índices de calidad y eficiencia se determinarán mensualmente entre el contratista y los responsables municipales sobre la base de:

1.- La información de la gestión del servicio de recogida suministrada por el contratista en sus informes mensuales.

2.- La información recabada del plan de calidad propuesto por el contratista.

3.- Por las inspecciones aleatorias realizadas por los servicios de inspección de la entidad contratante o en quien delegue.



Índice de imagen (li entre 0 y I) = $li1 \times X\% + li2 \times Y\% + li3 \times Z\% + li4 \times W\% + li5 \times V\% + li6 \times U\%$ (donde X, Y, Z, W, V y U expresan el grado de cumplimiento del suindicador, siendo 0% el cumplimiento perfecto y 100% el incumplimiento absoluto).

2.- Índice de prerrecogida (Ip): Mide la eficiencia y calidad del sistema de contenerización y frecuencia de recogidas. Peso de reducción = 0 - 2 puntos.

(...)

3.- Índice de recogida y transporte (Irt): Mide la eficiencia y calidad del sistema de recogida y transporte. Peso de reducción = 0 - 2 puntos.

(...)

4.- Índice correctivo (Ic)* = $li + Ip + Irt$ = al % de reducción a aplicar a la certificación mensual, pudiendo 1c encontrarse en un rango entre 0% y 5%.

Aplicados los anteriores índices de calidad y eficiencia, comunicada al adjudicatario la necesidad de ajustar el servicio para no ser objeto de descuento en la factura mensual, y habiéndole concedido para su cumplimiento un plazo mínimo de 24 horas y máximo de 5 días desde su comunicación el Ayuntamiento procederá sin más trámite al descuento de la facturación sin que el adjudicatario pueda alegar una adecuación posterior a lo ordenado en la notificación.

El porcentaje máximo de detracción como consecuencia de la aplicación de los índices de calidad será del 5%. De dichas certificaciones se descontarán en su caso, el importe de las penalizaciones que le hayan sido impuestas al concesionario.

Si la administración no hiciese efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregase los medios auxiliares, en su caso, dentro de los plazos previstos en el presente pliego y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el contratista, este tendrá derecho al interés de demora ...

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA. Revisión de precios.



(...)”

Tercero. Presentadas varias empresas a la licitación, entre ellas la recurrente, y tras los trámites de rigor, fue adjudicada la contratación a VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.

Cuarto. Contra la referida adjudicación se interpone el presente recurso el 2 de diciembre de 2016, en que se alega que, por sus características, no estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos, sino de servicios, y sujeto a regulación armonizada, lo que justificaría la competencia de este Tribunal.

Se indica además que, por su valor estimado, debió procederse a la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea de conformidad con el artículo 142.1 del TRLCSP. Al no hacerse así, se dice que se ha incurrido en nulidad de pleno Derecho, tanto de los pliegos como de su anuncio, del 37.1 a) TRLCSP, que puede apreciarse en esta fase, incluso no habiendo sido recurridos los pliegos en plazo, conforme a doctrina de este Tribunal; suplicando se declare la nulidad de todo el procedimiento de licitación.

El órgano de contratación aduce en su informe que la calificación del contrato como de gestión de servicios públicos se llevó a cabo ateniéndose a las definiciones del TRLCSP y de los nomenclátors de las instituciones comunitarias europeas, y que el recurso debe inadmitirse en virtud de dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, que no incluye este tipo de contratos entre los que son susceptibles de ser recurridos ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El adjudicatario ha realizado alegaciones, presentadas el 5 de enero de 2017, según las cuales la recurrente pretende hacer valer en su recurso que se ha producido una errónea calificación del contrato sólo cuando no ha resultado adjudicatario del proceso de licitación, contra la buena fe y la teoría de los actos propios, señalando que se trata de un recurso indirecto contra los pliegos del todo extemporáneo, haciendo referencia a la Sentencia 232 de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera- del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de mayo de 2015, que así lo reconoce; y a la similar Sentencia 686/2016, de 17 de noviembre de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -Sección Segunda-, y a otra doctrina judicial sobre el carácter inatacable de los pliegos.



Subsidiariamente, alega que la calificación contractual efectuada por el pliego era correcta, centrando su argumentación en demostrar que el máximo de detracción por aplicación de los índices de calidad previstos en el pliego (que es del 5%) no es suficiente para entender que el contratista no asume un verdadero riesgo y ventura, citando en su apoyo las conclusiones del Informe 4/2014, de 22 de enero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Y por último señala que no son de aplicación, por su fecha, las Recomendaciones en relación a determinados aspectos de la Directiva 2014/23/UE y de la Directiva 2014/24/UE, entre otros, los requisitos con los que deben cumplir los contratos para ser susceptibles de recurso especial en materia de contratación; y que los gastos de primer establecimiento en este contrato no son superiores a 500.000 euros, pues los pliegos, al establecer las inversiones mínimas a realizar por los licitadores, éstas, en ningún caso, superan ese importe para el primer año de ejecución del contrato.

Quinto. El 15 de diciembre de 2016, este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación conforme al artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación correspondería a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el art. 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización de este Tribunal (RD 814/2015), y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

La cuestión atinente a si la adjudicación es recurrible, conforme a la tipología contractual, por su carácter esencial será resuelta de modo detallado en nuestro Fundamento Cuarto.

Segundo. La recurrente está legitimada para recurrir, como licitadora (art. 42 TRLCSP).

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello (art. 44 TRLCSP).



Cuarto. En cuanto a la procedencia de este recurso especial en atención a la tipología contractual, nos hallamos en uno de los casos en que la propia admisión del recurso requiere el análisis de las alegaciones del recurrente y de los interesados.

Así, el artículo 40 del TRLCSP señala:

“Recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles.

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros y

c) 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.”

Todo ello, dentro de la consideración de que no estamos en el caso del artículo 40.1 c) del TRLCSP, dado que las Recomendaciones en relación a determinados aspectos de la Directiva 2014/23/UE y de la Directiva 2014/24/UE, aludidas por el adjudicatario, no son efectivamente de aplicación, dada la fecha de aprobación y publicitación de los pliegos que nos ocupan; y que no se discute en nuestro caso que no concurre el requisito de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros; sino que la discusión se centra en si estamos en un supuesto del artículo 40.1 a) del TRLCSP.



Aplicando, pues, tal artículo del TRLCSP, si la calificación hecha por los pliegos que rigen la contratación se considerara inatacable, la consecuencia ineludible sería la inadmisibilidad del presente recurso.

Pues bien, en este marco, cierto es que este Tribunal, hasta ahora, ha aplicado en casos análogos al que nos ocupa la doctrina según la cual el error en la calificación del contrato constituiría una causa de nulidad de pleno derecho de los pliegos, que permitiría basar el recurso contra la adjudicación en alegaciones referidas a los propios pliegos; de modo que a consecuencia de este recurso podría entrarse en la decisión sobre la adecuación de la calificación contractual, con la consecuencia primera de justificar, -en el caso de que se llegara a la consideración de que el contrato debió calificarse como de servicios enumerados en el art. 40.1 a) precitado-, la competencia de este Tribunal para conocer del fondo del recurso; y la consecuencia segunda de poder llevar, en cuanto al fondo, a la anulación de la licitación por omisión de algún requisito ligado a la tipología contractual que se considerase correcta (en nuestro caso, por defecto en la publicidad, según se alega por el recurrente).

Pero entiende este Tribunal que tal criterio debe ser matizado, en atención a la doctrina judicial que exponremos, y a la consideración de que no concurre infracción alguna de derechos fundamentales por el hecho de que pueda cambiarse o matizarse la doctrina sentada en Resoluciones precedentes. Así, el Tribunal Constitucional viene entendiendo (entre otras, STC 76/2005, de 4 de abril, recurso de amparo nº 2.182/2002) que los cambios jurisprudenciales han de ser conscientes y justificados, con vocación de generalidad suficiente como para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado, de modo que, cumpliéndose esos requisitos, no podría estimarse vulnerado el principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la Ley. Efectivamente, el Alto Tribunal considera que los cambios de criterio jurisprudenciales son legítimos cuando son razonados y razonables (STC 29/2005, de 14 de febrero, recurso de amparo nº 6.002 /2002). En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo, cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam* (por todas, STC 176/2000, de 26 de junio, recurso de amparo nº 6.604 /1997). En los mismos términos se ha pronunciado la Sala Tercera del



Tribunal Supremo en numerosas sentencias, por todas ellas STS de 5 de julio de 2002, recurso de casación nº 5.552/1997, y STS de 22 de diciembre de 2003, recurso de casación nº 5.455/1998. Aún más se puede predicar de los razonados cambios en la doctrina de este Tribunal Administrativo, propiciados además por doctrina judicial.

Pues bien, debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que *"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"* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del 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".

Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cual era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar.

Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, - por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que *"La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora*

... S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento pero le podía resultar perjudicial.

Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que ..., S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación."

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar *"a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación"*.

Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un *"licitador razonablemente informado y normalmente diligente"* *"no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"*.



Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general.

En nuestro caso, si lo denunciado es la presuntamente defectuosa calificación del contrato - que en opinión de la recurrente debería haber dado lugar a mayor publicidad conforme al TRLCSP-, lo cierto es que tal pretendido defecto no ha perjudicado en ningún momento a la propia recurrente –pues obviamente conoció la existencia de la licitación, ya que concurrió a ella-; y, en todo caso, no necesitaba esperar a la adjudicación para constatar su existencia o conocer su alcance. Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “*venire contra factum proprium*” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional al que se refiere la STJUE ya citada.

Por ello, en nuestro caso, no es admisible hacer alegaciones que impliquen un recurso indirecto contra el pliego; de modo que la calificación contractual hecha en los pliegos del contrato -como de gestión de servicio público- deviene inatacable; con la consecuencia de que no estamos ante un contrato de aquellos que justifican la competencia de este Tribunal ex art. 40.1 del TRLCSP, y el recurso debe ser inadmitido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso presentado por D.M.J.C.G., en representación de la mercantil CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A., contra el



acuerdo del Concello de A Illa de Arousa de 10 de noviembre de 2016 por el que se adjudica el contrato de gestión de servicios públicos para la recogida de residuos municipales y gestión del punto limpio del Concello de A Illa de Arousa.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero. 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 Galicia, 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