



**Recurso nº 027/2014 C.A. Melilla 001/2014**

**Resolución nº 120/2014**

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

En Madrid, a 14 de febrero de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.L.P., como concejal-diputado de la Asamblea de la Ciudad de Melilla, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir la adjudicación del servicio de "explotación, mantenimiento y conservación de la estación depuradora de aguas residuales, estaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales, tratamiento terciario, estación de tratamiento de agua potable (IDAS I-II), grupos electrógenos y centros de transformación", el Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El 23 de diciembre de 2013, el Pleno de la Asamblea de la Ciudad de Melilla aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir la adjudicación del servicio de "explotación, mantenimiento y conservación de la estación depuradora de aguas residuales, estaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales, tratamiento terciario, estación de tratamiento de agua potable (IDAS I-II), grupos electrógenos y centros de transformación", contrato cuyo valor estimado asciende a 10.228.272 euros.

**Segundo.** El 9 de enero de 2014, J. L. P., como concejal-diputado de la Asamblea de la Ciudad de Melilla, interpuso recurso especial en materia de contratación contra los citados Pliegos, al que fue asignado el número 027/2014.

**Tercero.** A sus resultas, este Tribunal, en su reunión de fecha 5 de febrero de 2014, acordó adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 TRLCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Ciudad Autónoma de Melilla el 9 de julio 2012, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto de 2012.

**Segundo.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44 del TRLCSP, computado según lo dispuesto en el apartado 2. a) de dicho precepto.

**Tercero.** El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del tantas veces referido texto legal.

**Cuarto.** Finalmente, debe analizarse la legitimación del actor para la interposición del recurso, partiendo del hecho de que, en su encabezamiento, se identifica como Concejal-Diputado de la Asamblea de Melilla, indicando que votó en contra del acuerdo de aprobación de los Pliego impugnados, extremos que no son puestos en cuestión en el informe emitido por el órgano de contratación en cumplimiento de lo previsto en el artículo 46 TRLCSP.

Sobre la legitimación de los concejales y de los grupos municipales constituidos en las Corporaciones Municipales, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, entre las que cabe citar las resoluciones 075/2013 y 203/2013.

En la primera de las citadas resoluciones (de la que es tributaria y a la que se remite la 203/2013), se sientan, tras analizar detenidamente la doctrina jurisprudencial y del propio Tribunal en relación con el concepto de “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores –como sería el caso-, las siguientes conclusiones:

i) El grupo municipal, si bien tiene “capacidad para ser parte” a pesar de carecer de personalidad jurídica distinta de sus integrantes -debiendo acreditarse la representación

del grupo a través del apoderamiento otorgado por todos sus integrantes a uno de ellos-, no está legitimado para recurrir los pliegos aprobados por el Ayuntamiento en un expediente de contratación.

ii) Los concejales, a título individual, por el contrario, sí estarían legitimados para recurrir los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) LBRL, salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de la adopción del mismo.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto ahora analizado, debe concluirse en la plena legitimación del actor, que actúa a título individual, como uno de los integrantes de la Asamblea que votaron en contra de la aprobación de los Pliegos impugnados.

**Quinto.** Alega, en primer término, el recurrente que los pliegos impugnados han sido aprobados con infracción de los apartados séptimo y octavo de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP, al no haber sido precedida tal aprobación por el previo informe del "*Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación*", condición que, a su entender, no cabe atribuir al Secretario Técnico de la Consejería respectiva. El órgano de contratación, por su parte, alega que, con arreglo a las normas de organización de la Ciudad Autónoma de Melilla, es al citado Secretario Técnico al que, en virtud de una previa delegación, corresponde la emisión de tal informe, sin perjuicio de destacar, a mayor abundamiento, que el Secretario General tuvo ocasión de examinar los Pliegos sin que formulase objeción sobre su contenido.

Planteada así la cuestión, ha de advertirse, de antemano, que este Tribunal ha declarado reiteradamente que son ajenas al ámbito de su competencia aquellas cuestiones relacionadas con el estricto aspecto organizativo o competencial de los distintos entes del sector público contratantes, dada la naturaleza y finalidad de este recurso especial. No debe, en este sentido, dejar de recordarse que el preámbulo de la Ley 34/2010 (que introdujo el recurso especial, bajo su actual fisonomía, en nuestro ordenamiento) hace explícito que con la reforma en ella incorporada se pretendía "*reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales*

*que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.”; todo ello con la finalidad última de aplicar lo dispuesto en la normativa de la UE sobre contratación, que, como dice en el preámbulo la Directiva 2007/66/CE, se orienta a garantizar “la transparencia y no discriminación” o “apertura de los contratos públicos a la competencia” (como señalaba la previa Directiva 1989/665).*

En este sentido, ya dijimos en nuestra Resolución 134/2012 en relación con un alegato de similar tenor al ahora examinado, que *“habría que plantearse si esta cuestión sobre la competencia del órgano de contratación para llevar a cabo la licitación impugnada puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación y si compete a este Tribunal pronunciarse sobre la misma”*. Y por ello se concluyó entonces que *“como se ha señalado en el fundamento segundo de la presente Resolución, el artículo 40 del TRLCSP delimita tanto los contratos como los actos que son susceptibles de impugnación a través del citado recurso especial y, entre estos últimos, la Ley se refiere concretamente a los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones de la contratación. Al plantearse los presentes recursos como impugnación de los pliegos, el Tribunal considera que concurren los requisitos materiales legalmente establecidos para la admisión de los mismos. Ahora bien, la alegación de las recurrentes sobre la competencia del órgano de contratación para acometer la licitación impugnada no tiene relación alguna con los pliegos ni con el resto de documentos que establecen las condiciones que han de regir la presente licitación, y tampoco se encuentra entre los otros actos recurribles por esta vía y especificados igualmente en el citado artículo 40.2 del TRLCSP, a la vista de lo cual, este Tribunal estima que no debe admitirse un recurso sobre dicha cuestión.”*

Y es que, tal y como ya advertimos, entre otras, en la resolución 57/2013, nuestra legislación ha seleccionado como recurribles por esta especial vía aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, sea la del art 39

del TRLCSP, sea el recurso administrativo o judicial que cupiera contra los actos de que se trate.

Sentado lo anterior, es evidente que cuestiones tales como la estricta competencia del órgano que haya emitido el informe jurídico previo a la aprobación de los pliegos impugnados no atañen al ámbito que trata de depurar este recurso especial y, por tanto, no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre tal particular.

**Sexto.** En segundo lugar, alega el recurrente que el párrafo sexto de la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es nulo, por contravenir lo dispuesto en el artículo 67.2.g) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, comportando, además, la imposición al adjudicatario de una obligación accesoria absolutamente ajena al objeto del contrato.

El apartado de la cláusula 32 (*“Obligaciones, gastos e impuestos exigibles al contratista”*) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que es objeto de impugnación es del siguiente tenor:

*“El contratista queda obligado a realizar, si así lo requiere la Consejería competente en fase de ejecución del contrato, una actividad de difusión publicitaria del servicio en la forma y en los medios de comunicación que a su vez determine el Gabinete de Prensa de la Ciudad Autónoma de Melilla unidad encargada a estos efectos de la coordinación de la publicidad. Esta podrá plasmarse a través de la publicación de reportajes fotográficos en prensa escrita o por Internet, así como anuncios en radio y en televisión, sin que los gastos originados puedan superar el 1% del importe de la adjudicación. Esta obligación es independiente de la publicidad de la licitación del contrato en diarios oficiales y otros medios de difusión a la que se refieren los párrafos segundo y tercero de la presente cláusula”.*

Es de destacar que los citados párrafos segundo y tercero a que se hace mención establecen, a su vez, que *“son a cuenta del contratista los gastos e impuestos, anuncios, ya sea en Boletines, Diarios Oficiales , o en cualquier medio de comunicación”*, así como que *“el importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato, tanto en los*

*Diarios oficiales como en otros medios de difusión, se encuentra especificado en el apartado 19 del Anexo I al presente pliego”.*

Considera la actora que, en tanto el artículo 67.2.g) del Real Decreto 1098/2001 establece que *"los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos: (...) g) importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato a que se refiere el artículo 78.1 de la Ley, tanto en boletines oficiales, como, en su caso, en otros medios de difusión, que debe abonar el adjudicatario"*, no es dable la imposición al adjudicatario, en relación con la publicidad del contrato, de una obligación adicional como la expresada en el meritado párrafo sexto de la cláusula 32.

Sobre este particular, debe destacarse, primeramente, que el artículo 67.2.g) del Real Decreto 1098/2001 únicamente hace exigible que, si quiere imponerse al adjudicatario la obligación de sufragar los gastos de publicidad de la licitación, así haya de mencionarse expresamente en los pliegos (como se ha hecho en los aquí examinados), pero no impide por sí que, por añadidura, pueda incorporarse en el contrato una obligación prestacional accesoria a la principal como la examinada, que se contrae a la realización, hasta un cierto importe, de inserciones publicitarias no ya sobre la licitación en sí, sino sobre el desarrollo del servicio a lo largo de la ejecución del contrato.

Esta posibilidad no encuentra óbice, como se ha dicho, en el artículo 67.2.g) citado, si bien, debe analizarse a la vista de lo dispuesto en el artículo 25 TRLCSP, el cual, por un lado, señala bajo la rúbrica "libertad de pactos" que *"en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración"*, y, por otro, añade que *"sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante"*.

Este Tribunal ha admitido, en diversas ocasiones la eventual acumulación en un contrato de servicios de distintas prestaciones .Así, en las resoluciones 188/2011 y 58/2012 manifestó:

*“De esta manera, la integración de todas las prestaciones de servicios recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público, constituyendo las diversas prestaciones que forman parte del objeto, materia de la misma naturaleza, como también se analiza a continuación. A mayor abundamiento, es el informe 57/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la que aborda con acierto el tema y es citada parcialmente por el recurrente. Dice literalmente aquél que: ‘Como se puede apreciar, de conformidad con el criterio de la Junta es necesario distinguir entre las prestaciones que se configuran como unidades por su propia naturaleza respecto de las cuales sólo cabe el fraccionamiento cuando se cumplan los requisitos estrictos del artículo 74, y aquellas otras que tienen su propia individualidad y que, por razones de índole práctica, se pueden agrupar para su adjudicación en un sólo contrato, pero que admiten, sin menoscabo alguno, su consideración por separado, de tal forma que la ejecución de cualquiera de ellas no está condicionada por la ejecución de ninguna de las demás ni individual ni conjuntamente consideradas’. De tal manera que, en el caso que nos ocupa, aunque las prestaciones pudieran ser unidades independientes, se aprecia que concurre un componente práctico, al margen de concurrir una optimización de la ejecución global del contrato, en tanto que, por ejemplo, es necesario y práctico que, además de prestar servicio de seguridad de edificios, se preste el servicio de protección de incendios, o el mantenimiento de extintores, pues son actividades muy relacionadas. Todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación, con diversidad de prestaciones, intrínsecamente relacionadas, además de introducir el elemento de la practicidad, como reconoce en su informe la Junta.”*

*Por tanto, la posibilidad de integrar en el objeto del contrato, por motivos de índole práctica, prestaciones susceptibles de ser consideradas aisladamente como constitutivas de otros tantos contratos forma parte de la voluntad del órgano de contratación, de forma*

*que no se aprecia vicio de ilegalidad en la configuración del objeto del contrato en la forma en que se realiza en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato debatido, por lo que procede la desestimación de la pretensión deducida frente al apartado 6 del pliego de cláusulas administrativas particulares."*

Esta posibilidad encuentra, por otro lado, amparo en el principio general de libertad de estipulación, reiterado por el artículo 25.1 TRLCSP, siendo lo cierto, en todo caso, que la limitación contenida en el artículo 25.2 TRLCSP sólo es en rigor aplicable (so pena de postular una interpretación extensiva de una norma claramente restrictiva como lo es el citado artículo 25.2 TRLCSP) a aquellos casos en que las prestaciones que pretendan fusionarse en un sólo contrato correspondan a distintas tipologías contractuales, de modo que por dicha acumulación el contrato pase a adquirir la condición de contrato mixto, en los términos del artículo 12 TRLCSP, que no a aquellos otros casos, como el aquí examinado, en que las prestaciones acumuladas, se correspondan con un mismo tipo contractual (el contrato de servicios). En este sentido, no puede dejar de destacarse que lo que el legislador ha explicitado es la general prohibición (artículo 86.2 TRLCSP) de fraccionamiento del contrato cuando con ello se pretenda "*disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*", pero no ha explicitado (a salvo de lo previsto en el artículo 25.2 TRLCSP para los contratos mixtos) idéntica prevención general en lo que a la eventual acumulación de prestaciones concierne, atendido que, lógicamente, al comportar incremento de la cuantía contractual no podrá nunca determinar relajación o dispensa de las tales exigencias de publicidad.

Ello no obsta, ciertamente, a la exigencia de que dicha eventual acumulación haya de cohererarse con la exigencia de determinación del objeto contractual que resulta del artículo 86.1 TRLCSP, ajustarse a los límites del artículo 25.1 TRLCSP ( a saber, respeto al "*interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*") y no comportar infracción de los principios y fines generales consagrados en el artículo 1 TRLCSP, a saber, "*libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos*", asegurando "*en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de*

*bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".*

Desde esta perspectiva, la previsión de la eventual realización por el adjudicatario de inserciones publicitarias en relación con la ejecución del servicio objeto de contratación no se ofrece a la consideración de este Tribunal como extravagante ni carente de toda vinculación con la prestación principal, en tanto dicho servicio se contrae a un bien esencial de consumo público, como es el agua, lo que explica que pueda querer procurarse el conocimiento general por la ciudadanía de cualquier incidencia padecida en su desarrollo o de determinados pormenores relativos a su calidad o condiciones de prestación. Por lo demás, asumido que dicha prestación tiene carácter accesorio, visto que resulta acotada y determinada en su alcance por referencia a un porcentaje (1%) del importe de la adjudicación y atendido que no existen razones para concluir que la cláusula examinada sea por sí contraria al interés público o a la buena administración o comporte una efectiva lesión de los principios consagrados en el artículo 1 TRLCSP o de cualquier otra previsión legal expresa, ha de convenirse en la inexistencia de vicio de ilegalidad invalidante que pueda determinar su anulación, todo ello sin perjuicio de que, obviamente, en la concreta selección de los medios de comunicación (cuestión que, en todo caso, atañe a la estricta ejecución del contrato) deban respetarse las exigencias derivadas del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE y de la normativa de aplicación en materia de publicidad institucional. Procede, por todo ello, la desestimación del recurso en este extremo.

**Séptimo.** Finalmente, solicita el actor la anulación del inciso final del primer párrafo del artículo 18, así como del artículo 19, del Pliego de Prescripciones Técnicas, y ello por contravención de lo previsto en el artículo 227 TRLCP.

En efecto, alega el recurrente que el citado inciso final del párrafo primero del artículo 18, al señalar que *“las necesidades de personal que surgieran de la entrada en funcionamiento de nuevas instalaciones deberá hacerse mediante subcontratación”* ha venido a configurar como obligación lo que, en el artículo 227 TRLCSP, se configura como mera potestad. De igual modo, alega que el artículo 19 del Pliego, al afirmar que *“para completar las funciones que corresponden a un organigrama operativo, el*

*adjudicatario podrá contratar a empresas externas o asistencias técnicas que considere necesarias*”, quebranta igualmente el régimen legal de aplicación, al facultar no ya la eventual subcontratación de la realización parcial de la prestación, como permite el citado artículo 227 TRLCSP, sino la propia subcontratación de personal, en términos incompatibles con la prohibición de cesión ilegal de trabajadores recogida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre este particular, es indudable, ciertamente, que el artículo 227 TRLCSP no configura, en modo alguno, la subcontratación parcial de la prestación como una obligación del adjudicatario, sino, únicamente, como una mera posibilidad que ha de ser habilitada por los pliegos de aplicación cuando a ello no obste la propia naturaleza del contrato (*“el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario”*), y que queda sometida a los límites y condiciones que allí se detallan. Desde esta perspectiva, la dicción del inciso final del citado párrafo primero del artículo 18 del pliego incurriría en evidente infracción legal.

De hecho, el órgano de contratación ha manifestado en el informe emitido al amparo del artículo 46 TRLCSP que la redacción del citado inciso es fruto de un mero error de redacción, *“pues no era voluntad de la Administración imponer la subcontratación de nuevos servicios, sino sólo facultar al adjudicatario para que pudiera utilizar esta posibilidad”*.

Debe, por ello, estimarse el recurso en este punto, anulando la dicción impugnada en el citado artículo 18 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por lo que se refiere al artículo 19, el órgano de contratación ha manifestado que, más allá de su mejorable redacción, con la expresión *“completar las funciones que corresponden a un organigrama operativo”* pretendía habilitarse, de conformidad con el artículo 227 TRLCSP, la eventual subcontratación de aquellos servicios singularmente especializados que son objeto del contrato (cita a tal fin, como ejemplo, los derivados del cumplimiento del Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis o el Real

Decreto 379/2001, de 6 de abril, que regula el almacenamiento de determinados productos químicos). Desde esta perspectiva, dejando al margen que no cumple prejuzgar ni es función específica de este Tribunal verificar el estricto cumplimiento de la legislación laboral en el desarrollo del contrato, es lo cierto que el citado artículo 19, si es entendido como únicamente habilitador de la eventual subcontratación de ciertos aspectos de la prestación objeto del contrato, no se haría acreedor a su anulación al no comportar infracción alguna del artículo 227 TRLCSP (ni, en rigor, cabe añadirlo, de la aludida legislación laboral), por lo que el recurso debería ser desestimado en dicho extremo, afirmando, eso sí, la necesaria interpretación de su dicción en los términos expresados.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.L.P., como concejal-diputado de la Asamblea de la Ciudad de Melilla, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir la adjudicación del servicio de "explotación, mantenimiento y conservación de la estación depuradora de aguas residuales, estaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales, tratamiento terciario, estación de tratamiento de agua potable (IDAS I-II), grupos electrógenos y centros de transformación", anulando el inciso final del primer párrafo del artículo 18 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en los términos expresados en el fundamento séptimo de esta resolución, desestimando las pretensiones hechas valer contra el párrafo sexto de la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el artículo 19 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que, no obstante, deberán ser interpretados y aplicados a tenor de lo respectivamente expuesto en los fundamentos sexto y séptimo de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación 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 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, con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el plazo 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.