



Recursos nº 044 y 045/2014 C.A. Castilla-La Mancha 004 y 005/2014

Resolución nº 149/2014

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

En Madrid, a 21 de febrero de 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por D. M.V.C., concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, y por D. José Luis Maximiliano Romo, también concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria de la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El día 21 de junio de 2013 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Guadalajara aprobó los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara.

Contra el citado acuerdo los ahora recurrentes interpusieron recurso especial en materia de contratación en virtud del cual se impugnaron los referidos pliegos, dando lugar a los recursos 370 y 371 del 2013.

Ambos fueron resueltos acumuladamente en nuestra resolución 346/2013 en la que se acordó estimar los recursos interpuestos anulando, en consecuencia, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que regían el meritado contrato.

Segundo. Consta a este Tribunal que contra esta resolución se ha interpuesto por el Ayuntamiento de Guadalajara recurso contencioso administrativo, que a la fecha de hoy se encuentra en tramitación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.

Tercero. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Guadalajara aprobó en su sesión de 19 de diciembre de 2013 unos nuevos pliegos reguladores de la adjudicación de la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria de la Ciudad de Guadalajara y barrios anexionados con un presupuesto anual de 7.560.000 €, más 756.000 en concepto de IVA.

Cuarto. El anuncio del Ayuntamiento de Guadalajara por el que se convoca la licitación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 3 de enero de 2014, y contra el mismo se presentó por ambos recurrentes el día 20 de enero de 2014 el anuncio del recurso, que quedó definitivamente interpuesto el día 22 de enero de 2014.

Quinto. Solicitada en los escritos de interposición la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, la medida fue acordada por resolución de este Tribunal de 5 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver los presentes recursos especiales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del Convenio celebrado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha el día 15 de octubre de 2012, en aplicación del artículo 41.3, párrafo cuarto, del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

En este punto, debe destacarse que, incluso en el caso de entender que estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, este Tribunal sería competente por aplicación del artículo 40.1 c) del TRLCSP.

Segundo. El acto recurrido, los pliegos rectores del contrato, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron tanto el anuncio previo como los propios escritos de recurso dentro del plazo de quince días legalmente establecido para ello.

Cuarto. Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso especial por un concejal del Ayuntamiento que ha aprobado una resolución contra la que se recurre, se ha pronunciado ya este Tribunal, entre otras, en la resolución 21/2013 o en la propia resolución que es precedente de ésta, en las que se sigue la interpretación que se ha realizado sobre esta cuestión tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, reconociendo a aquellos concejales que no forman parte del Órgano Municipal que toma el acuerdo, la legitimación para recurrirlo por su mera condición de miembro del Ayuntamiento y, por tanto, por ser parte interesada en el correcto funcionamiento de la corporación municipal.

Quinto. Acumulación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 44 y 45 de 2014, ya que guardan entre sí identidad sustancial e íntima conexión al referirse a unos mismos actos impugnados (pliegos) de la misma licitación, y fundarse sus pretensiones en los mismos argumentos.

La existencia de una íntima conexión entre ambos recursos que justifica su tramitación y resolución acumulada, tal y como constante jurisprudencia ha exigido -sentencias del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2011 y de 30 de noviembre de 1999- se evidencia en la repercusión que la admisión a trámite y eventual estimación del primero de ellos provocaría en el segundo, que quedaría sin efecto; por el contrario, en caso de

inadmisión o desestimación del primero, sería entonces cuando cobraría sentido el análisis del segundo recurso.

A mayor abundamiento, ambos recursos se dirigen frente a resoluciones adoptadas en el mismo expediente de contratación y existe identidad de razón entre las pretensiones de ambos recursos.

Sexto. Argumentos de las partes.

Los recursos interpuestos son muy similares en cuanto a los argumentos en los que se fundan. Son también bastante próximos a los expuestos en los recursos que son precedente de los actuales, con las debidas adaptaciones a los cambios efectuados en los nuevos pliegos. Vamos a analizarlos siguiendo la misma estructura.

I

En ambos casos, uno de los principales argumentos de los recursos se refiere a la incorrecta aplicación del artículo 25.2 del TRLCSP respecto de la posibilidad de fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto. Se señala en los recursos que la Ley exige que estas 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.

Se niega que las prestaciones contenidas en los pliegos mantengan entre sí relación alguna de complementariedad, y que exista ninguna causa que exija su consideración y tratamiento como una unidad funcional.

Exponen las recurrentes que la descripción de los servicios objeto del contrato muestra que la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria están encomendados a una sola empresa, pero el servicio de recogida de aceite doméstico lo está a otra distinta. Por su parte, el restablecimiento de la seguridad vial y medioambiental tras un accidente de tráfico está contratado a una tercera empresa y la

recogida de ropa usada a una cuarta entidad, en este caso, como resultado de un convenio de colaboración cuya vigencia se extiende hasta diciembre de 2014.

Expone la recurrente que la referencia que hace el PPT a la lista Europea de Residuos no es suficiente justificación de la relación material entre las prestaciones del contrato, puesto que es necesario que la prestación de los servicios que se adjudican conjuntamente estén interrelacionados entre sí y que la mejora de la calidad de uno de ellos afecte al resto y viceversa. Se afirma que la relación entre las prestaciones es puramente formal y artificial, no existiendo una relación material entre ellas.

También se afirma que, en cualquier caso, en esa lista de residuos no aparece el restablecimiento de la seguridad vial tras un accidente de tráfico, ya que no se trata en ese caso de recoger residuo alguno, ni tampoco los trabajos propios de la limpieza viaria, de modo que aunque se aceptase el argumento del Ayuntamiento de Guadalajara de que la complementariedad viene dada por la lista Europea de residuos, siempre quedarían fuera de la misma estos dos servicios que, por otro lado, nada tienen que ver con la recogida de residuos. Invocan las recurrentes para sostener su afirmación la doctrina establecida por este Tribunal en la resolución 346/2013 acerca de la necesidad de que exista una relación material entre las prestaciones para que sea posible su tratamiento unitario y niegan que esta circunstancia concorra en el presente caso, toda vez que la recogida de residuos y la limpieza viaria emplean medios totalmente diferentes y que su objetivo también lo es.

Sostienen las recurrentes que otra interpretación vulneraría la libre competencia y la obligación de seleccionar la oferta económica más ventajosa, puesto que la acumulación pretendida expulsaría del mercado a numerosas pequeñas y medianas empresas, produciendo también la afectación de lo dispuesto en los artículos 20 y 37 de la Ley de Economía Sostenible.

II

En segundo lugar, del mismo modo que en los recursos que sirven como precedente a los actuales, ambos recurrentes consideran que se ha producido una indebida calificación de la naturaleza del contrato, que no puede ser calificado como un contrato de gestión de

servicios públicos en régimen de concesión, sino que debe ser calificado como un contrato de servicios. Ello supondría que el régimen jurídico aplicable al contrato no sería el del contrato de gestión de servicios públicos, que establece un plazo de duración mucho más extenso, sino el del contrato de servicios, que establece unos plazos más limitados en cuanto a su duración, lo cual, en todo caso, sería beneficioso desde el punto de vista del principio de la concurrencia contractual.

Para ello, las recurrentes hacen hincapié en el análisis de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de la jurisprudencia comunitaria en esta materia, particularmente en lo que hace a la necesaria atribución de la explotación del servicio a los concesionarios mediante la asunción por éstos del riesgo concesional. Se afirma que no existe asunción total o parcial del riesgo por las siguientes razones:

- Porque el Anteproyecto de Explotación recoge apreciaciones que acreditan que la asunción del riesgo es totalmente inexistente. La retribución al contratista se realizaría directamente por la Administración con arreglo a unos precios prefijados en la adjudicación y sin sometimiento a la incertidumbre de la demanda.
- Porque la cláusula 27 del PCAP recoge supuestos en los que no se derivarán responsabilidades para el Ayuntamiento, como el aumento de la población o de la superficie a limpiar o cuando los daños deriven de causas imputables al Ayuntamiento o sean debidas a fuerza mayor sin culpa del contratista.
- Porque el sistema de deducción de la retribución establecido en la cláusula 44 del pliego no supone realmente la transmisión del riesgo al adjudicatario del contrato.
- Porque la prestación principal objeto del contrato es la limpieza viaria la cual, no habiendo transmisión de riesgos, sólo puede calificarse como un contrato de servicios, por lo que el contrato debe tener esta naturaleza y esta regulación.

III

Consideran los recurrentes que la incorrecta calificación del contrato habría supuesto igualmente la infracción del artículo 132 del TRLCSP, por no haberse determinado las prestaciones en favor de los administrados y regulados los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. Asimismo, considera el citado recurrente que se ha producido la infracción de la Ley en lo referente a las normas que regulan la sujeción de determinados contratos a los principios de la regulación armonizada establecidos en las directivas comunitarias. En efecto, si se llega a la conclusión de que el presente contrato no debe ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos sino como un contrato de servicios, la consecuencia es que estaría sujeto a regulación armonizada y ello supondría una patente infracción del procedimiento legalmente establecido, puesto que no se había producido la publicación del anuncio del contrato en el Diario Oficial de la Unión Europea.

IV

Finalmente, en el primero de los recursos, el interpuesto por D^a. M. V. C. se dice vulnerada la doctrina de los actos propios al entender que la aprobación de los pliegos va contra los actos propios firmes del Ayuntamiento de Guadalajara, quien frente a la resolución de este Tribunal interpuso recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de modo que, por un lado, pretende que los tribunales declaren contraria a derecho la resolución, lo que supondría la validez de los pliegos declarados nulos y, por tanto, la rehabilitación del concurso en su día iniciado y la rehabilitación de los derechos que pudieran tener adquiridos los licitantes en el mencionado concurso, algunos de los cuales también recurren, y, por otro, convoca un nuevo concurso para la parte más cuantiosa económicamente de los servicios municipales que aparecían incluidos en el anterior.

Ello supondría, en opinión de la recurrente, que en el caso de que el TSJ de Castilla-La Mancha diera la razón al Ayuntamiento de Guadalajara en su recurso, se rehabilitaría el concurso anterior en el que se fijaba un período de duración de 17 años más 3 de prórroga, que sería de imposible cumplimiento porque se habría adjudicado el concurso convocado con los pliegos que ahora se recurren, que lo son por un período de 15 años, más una prórroga de 1, lo que abriría expectativas de solicitud de indemnizaciones

millonarias a todas aquellas empresas que habían acudido al primero de los concursos, y una vez declarados conforme a derecho los citados pliegos, se verían en la imposibilidad de que se les adjudicasen los servicios indicados en los mismos por haber sido adjudicados mediante los pliegos ahora recurridos.

V

Los informes del órgano de contratación sostienen que las prestaciones contenidas en el contrato sí que se encuentran vinculadas entre sí, habiendo notables cambios con respecto a los pliegos anulados por este Tribunal.

Para sostener la vinculación material de las prestaciones objeto del contrato invoca el órgano de contratación lo dispuesto en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, afirmando que en esta norma se califican como residuos domésticos todos los incluidos en el objeto de este contrato y que de la citada norma y de la legislación de régimen local resulta que la prestación de los servicios relacionados con la recogida y tratamiento de estos residuos son de competencia municipal.

Concreta el informe que el objeto del contrato para el restablecimiento de la seguridad vial tras un accidente de tráfico, no es otro que la limpieza de aceites y combustibles derramados en la vía pública por los vehículos siniestrados, además de la reposición de los elementos dañados, por lo que, en realidad, constituye un tipo de limpieza especial de la vía pública, de modo que existe una vinculación material total con el servicio de limpieza viaria, del que materialmente debe formar parte.

En cuanto a los contratos para la recogida de ropa usada y aceite doméstico se manifiesta que se trata también de residuos domésticos y que no sería razonable que tuvieran que contratarse de forma separada por el sólo hecho de que en la actualidad se presten de forma separada, o porque teóricamente pueda efectuarse de esa manera, o incluso alegando motivos relacionados con facilitar la participación de la pequeña y mediana empresa, ya que existe una relación material directa entre dichos servicios que aconseja fusionarlos en un solo contrato.

Expone el órgano de contratación que el fin último de todos los servicios incluidos en el contrato es la eliminación de residuos municipales, incluyendo la recogida del residuo, su contenerización y su transporte al mismo destino y que incluso en los servicios de recogida de residuos y de limpieza viaria se genera una interferencia física, un uso compartido de los medios de ejecución del contrato y una clara reducción de costes por compartir parte de los medios empleados, de modo que se cumpliría adecuadamente el objetivo de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos.

Por lo que hace a la calificación del contrato afirma el órgano de contratación que el requisito esencial exigido para que un contrato pueda ser calificado como de gestión de servicios públicos, es que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio.

Expone que la posibilidad de que los servicios de recogida de residuos y de limpieza viaria se puedan calificar como un contrato de gestión de servicios públicos se encuentra expresamente recogida en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa números 2/06, de 24 de marzo de 2006 y 10/07, de 26 de marzo de 2007 así como en el informe 11/2010, de 26 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en cuyas conclusiones se afirma que *"las actividades de limpieza vial, de recogida y tratamiento de residuos y de limpieza de playas se pueden calificar como contratos de gestión de servicios públicos o como contratos de servicios, según si el contratista asume el riesgo de explotación o no"*.

Para sostener la concurrencia del requisito de transmisión del riesgo afirma el órgano de contratación que quedaría acreditado en los pliegos reguladores de dichos servicios, de modo que los ingresos del concesionario provendrían de las siguientes vías:

a) Del número de toneladas de residuos recogidos y transportados al centro de transferencia y/o valorización, cuya cantidad dependerá, en gran medida, de la gestión del concesionario, y consecuentemente de la intensidad del uso del servicio por parte de los usuarios. Expone que los ingresos mencionados en el presupuesto de explotación son un cálculo teórico, no una limitación y afirma también que en el año 2010, el número total

de toneladas de residuos recogidas ascendió a la cantidad de 32.267,10 toneladas, para una población de 84.806 habitantes, mientras que en el año 2012, el número total de toneladas recogidas fue de 27.239,73 para una población de 84.439 habitantes. Afirma que alcanzar una u otra cifra dependerá en gran medida de la explotación que realice el concesionario, y consecuentemente las desviaciones respecto a las previsiones del número total de toneladas en los dos años antes indicados, significarán una desviación a favor o en contra del concesionario de unos 650.000 euros anuales.

b) De los ingresos que el concesionario pueda obtener por la venta de los productos de los residuos recogidos procedentes del aceite doméstico, envases de plástico, papel y cartón, vidrio, chatarra y ropa usada, así como por la publicidad y por las actividades comerciales que realice.

Se expone en el informe que el riesgo y ventura del concesionario no se limita al riesgo normal que existe en cualquier tipo de contrato, y que puede traducirse en que el precio ofertado para cada tonelada de residuos recogida y transportada al centro de transferencia y/o planta de valorización sea inferior al de los costes del servicio, sino que en el presente contrato el concesionario asume los riesgos derivados de las posibles desviaciones que durante todo el período de duración del contrato puedan producirse respecto a las previsiones que necesariamente debe contener su oferta, relativas al número de toneladas a recoger y transportar, así como de los errores que pueda cometer en las previsiones de ingresos y gastos durante todo el período de duración del contrato derivadas del incremento de la población y/o de la superficie de viales a limpiar, cumpliendo con los indicadores de calidad ofertados.

Por tanto, del contenido de las cláusulas del PCAP antes indicadas puede concluirse que existe riesgo de explotación, ya que no se garantizan al concesionario unos ingresos fijos y determinados, sino que los mismos dependerán de la propia gestión que haga el concesionario, y de la intensidad del uso del servicio por parte de los usuarios.

Por otro lado, se expone que queda acreditada en los pliegos respecto a la organización del servicio, que la misma se transfiere al concesionario, que asume un alto grado de control de la ejecución del contrato, que ocurre lo mismo respecto a la regulación de los

servicios y que respecto a los medios personales necesarios para la prestación de los servicios el contratista asume su dirección.

Finalmente, en cuanto a la invocación de la doctrina de los actos propios, expone el informe que el motivo alegado no puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación. En realidad, lo que se recurre es la supuesta contradicción del órgano de contratación entre los acuerdos adoptados en las sesiones celebradas el día 24 de septiembre de 2013 en la que se acuerda la interposición del recurso contencioso-administrativo y el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 19 de diciembre de 2013, por el que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la contratación de la gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria de Guadalajara, al considerar la recurrente que dichos actos son contradictorios entre sí. En opinión del órgano de contratación, el recurso no se interpone contra ninguno de los actos especificados en el art. 40.2 del TRLCSP, ni siquiera contra el contenido de los pliegos, que sí sería objeto de recurso, sino, en todo caso, contra el hecho mismo de aprobación de unos pliegos antes de que se resuelva el recurso contencioso-administrativo presentado, por lo que dicha alegación no debería ser resuelta por este Tribunal.

Séptimo. Fondo de la cuestión.

Las cuestiones planteadas en el presente recurso son las siguientes:

1. Corrección jurídica de la calificación como un contrato de gestión de servicios públicos.
2. Corrección jurídica de la calificación como un contrato mixto en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 25.2 del TRLCSP.
3. Vulneración del principio de concurrencia y de libre competencia.
4. Vulneración procedimental.
5. Vulneración de la doctrina de los actos propios.

Octavo. Naturaleza del contrato.

Comencemos con la primera cuestión. Se trata en este epígrafe de determinar si el contrato puede calificarse como un contrato de gestión de servicios públicos (“concesión de servicios”) o si su verdadera naturaleza es la de un contrato de servicios. Para resolver esta cuestión debemos partir de la doctrina sentada por este Tribunal en resoluciones precedentes, especialmente en la que sirve de precedente a estos pliegos.

Decíamos en nuestra resolución 346/2013 que la Ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite separar nítidamente ambos conceptos en algunos casos. Tampoco la Directiva 18/2004CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio, tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las autoridades judiciales europeas.

En nuestro país contamos con experiencia en la caracterización de las concesiones administrativas e incluso la Administración española ha sido receptiva a la evolución del derecho comunitario al deslindar el contrato de servicios de la concesión de servicios públicos. La cuestión es trascendente porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señaló que *“cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo, a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro*

requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley.

Este Tribunal ha venido tomando como referencia este informe de la JCCA, por ejemplo, en la resolución número 204/2013, en la 80/2013, o en otras como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, para señalar que *"Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del*

riesgo de explotación, pues esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anteriores es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública 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 encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura...”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse 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”. Este criterio ha sido mantenido también en informes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09.

En el mismo sentido, y 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 que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre la 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. Este criterio es notoriamente compartido tanto por las recurrentes como por el órgano de contratación, por lo que nos sirve de premisa para valorar los pliegos ahora recurridos.

Del mismo modo que acontecía en los recursos 370 y 371, en el caso que ahora nos ocupa, el elemento central que nos permite determinar si se ha producido la transmisión del riesgo no puede ser la modalidad de explotación de la obra construida, pues ésta no existe, ni tampoco el riesgo derivado de la recuperación de los costes de la inversión realizada, pues no hay inversión alguna que recuperar. Por ello, 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.

En nuestra resolución 346/2013 declarábamos que en los pliegos anulados por este Tribunal se establecía una contraprestación fija para el adjudicatario que se percibiría mediante abonos a buena cuenta, y que la única posible variación de la retribución

dependería de la calidad con la que se prestase, lo que no podía considerarse como una asunción voluntaria de los riesgos derivados del contrato.

Por el contrario, en los pliegos ahora enjuiciados en la cláusula 44 se alude a la retribución del concesionario en términos muy diferentes:

“La retribución del concesionario consistirá en el abono de una cantidad mensual que vendrá determinada por el número de toneladas de residuos recogidas y transportadas al centro de transferencia y/o valorización multiplicada por el precio ofertado por cada tonelada, y cuyo importe se verá afectado en función del cumplimiento de los indicadores de calidad/disponibilidad de los servicios que se establezcan en la oferta adjudicataria y con el límite máximo establecido en los términos del presente pliego.

2. El total de toneladas recogidas vendrá determinado por la suma de las toneladas recogidas y transportadas procedentes de: RSU (fracción resto), barredoras, papel y cartón, vidrio, envases de plástico, aceite doméstico, ropa, RAEEES 1 y 2, chatarra, voluminosos y punto limpio móvil.

3. Adicionalmente, el concesionario percibirá de terceros las cantidades correspondientes a los ingresos procedentes de la venta de los residuos recogidos procedentes del aceite doméstico, envases de plástico, papel y cartón, vidrio, chatarra y ropa usada, así como por la publicidad y por las actividades comerciales que realice.

La percepción de estos ingresos no afectará en modo alguno al importe que corresponda percibir al concesionario por aplicación de lo referido en el numeral 1 de la presente cláusula.

4. A efectos de lo aquí establecido, se entiende como precio del contrato las cantidades que el concesionario tiene derecho a recibir anualmente del Ayuntamiento como contraprestación por la ejecución de las diferentes labores y servicios que constituyen el objeto del Contrato de Gestión y la puesta a disposición de la infraestructura, instalaciones y bienes adscritos a los servicios y su sostenibilidad técnica en condiciones mínimas de seguridad, confort y calidad de acuerdo con los requerimientos de calidad establecidos en los documentos contractuales.”

Pues bien, sin perjuicio de que más adelante profundicemos en otras cuestiones relacionadas con la transmisión del riesgo, lo cierto es que se advierte una notable diferencia entre los dos pliegos. En los que ya anuló este Tribunal la retribución se declaraba fija, por lo que para el contratista era completamente indiferente la conducta de los usuarios. Ahora no lo es, porque la retribución ya no es fija, sino que depende de otros parámetros ajenos al propio contratista como es el uso más o menos intenso que se haga del servicio.

Esta última idea conecta muy directamente con el concepto clásico de la concesión de servicios en la que el concesionario asume el riesgo de que el uso por parte de los ciudadanos sea mayor o menor. A juicio de este Tribunal, tal como están redactados los pliegos hay una asunción del riesgo, al menos parcial, por el contratista.

Esta conclusión es clave puesto que una de las cuestiones fundamentales a las que, como hemos visto, recurrentes y Administración dedican gran parte de sus alegaciones, es en qué medida se produce la transmisión del riesgo. En este sentido, a pesar del detallado estudio que se contiene en el recurso de D. J. L. M. R. acerca del presupuesto de explotación, en el que se sostiene que no hay una transmisión real del riesgo, la opinión de este Tribunal es que teóricamente la variación es posible e incluso previsible. La retribución del contratista no va a ser constante, y aunque su variación pueda demostrarse no muy grande a lo largo del periodo de duración del contrato, esta es una circunstancia que es imposible conocer de antemano, pues basta con que la definición que los pliegos ofrezcan sobre el sistema de retribución permita que se produzca un incremento o una disminución notable de los ingresos, como ocurre en este caso.

Abunda en esta idea el hecho, por ejemplo, de que al concesionario se le obligue a realizar campañas de sensibilización sobre el uso de contenedores y sobre una actitud cívica de los ciudadanos en materia de residuos. Es patente que el éxito de esta actuación incidiría notablemente en la retribución del contratista, no sabemos si en la medida de las cifras que ofrece el órgano de contratación en su informe, que no han sido probadas, pero sí en alguna medida.

Y también es prueba de que en este pliego sí que existe una transmisión parcial de los riesgos el contenido de la cláusula 27 en la que el PCAP no se limita a establecer que el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del contratista, sino que expone cristalínamente que *“El concesionario asume los riesgos y responsabilidades que se deriven de la ejecución del Contrato objeto de la presente licitación, en los términos y con los efectos aquí establecidos. De esta forma, el concesionario asumirá el riesgo y las responsabilidades que deriven de errores en los cálculos efectuados respecto a la previsión del número de toneladas de residuos a recoger y transportar, tanto en sus previsiones iniciales, como durante el período de duración del contrato y dando cumplimiento a los indicadores de calidad y disponibilidad, en los términos previstos en la legislación aplicable.”*

Es decir, que el concesionario debe ejecutar el contrato conforme a los parámetros de calidad descritos en el mismo aunque al hacer la oferta haya valorado equivocadamente la previsión del nº de toneladas de residuos que se deban gestionar. Obviamente, si ese número es menor del que esperaba debe seguir cumpliendo el contrato en los términos del pliego, ya ocurra esta circunstancia al comienzo del contrato o posteriormente. Esta es una prueba clara de que sí existe una transmisión de los riesgos al concesionario.

Igualmente en el presente caso también hay otros indicios de que la organización del servicio corresponde al empresario. Es cierto que la Administración conserva sus potestades de policía, pero la organización del servicio se encarga al concesionario en puntos fundamentales como la evolución de costes, sin perjuicio del respeto al equilibrio financiero del contrato, o la organización del personal y el modo de prestación del servicio.

A juicio de este Tribunal, en el presente contrato el empresario asume la organización y dirección del servicio de una manera clara. Esto supone que una parte del beneficio que pueda obtener dependa de la forma más o menos acertada de realizar la dirección y organización del servicio lo que supone, en definitiva, la asunción del riesgo de empresa que forma parte del riesgo inherente a la explotación.

Por el contrario, algunas otras de las cláusulas del PCAP que aparentemente podían hacer suponer que hay una transmisión de los riesgos al contratista no deben ser interpretadas de ese modo. Compartimos parte de las observaciones de las recurrentes en este punto pues, a título de ejemplo, no puede hablarse de riesgo por el aumento de superficie a limpiar o de la población de la ciudad, estos aumentos suponen un equivalente aumento de la retribución del contratista. Igualmente compartimos que las reglas que el pliego establece sobre seguros o responsabilidad por daños derivados de la ejecución del contrato no tienen trascendencia a estos efectos.

Sin embargo, a nuestro juicio estos detalles, con ser relevantes, no nos pueden hacer olvidar lo que es más importante, que sí existe una transmisión parcial del riesgo de explotación, porque la retribución del contratista no es fija ni depende sólo de indicadores de calidad o de los porcentajes de recogida selectiva establecidos en el pliego, sino que depende parcialmente del uso que del servicio decidan hacer los ciudadanos y de la buena organización y gestión del empresario.

Noveno. Existencia de un contrato mixto a la luz del artículo 25.2 de la Ley.

Para resolver la cuestión de si el contrato está bien calificado como un contrato mixto es necesario partir del contenido del artículo 25.2 del TRLCSP. Este precepto señala 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.”*

Como ya señalamos en nuestra resolución 346/2013 los dos elementos fundamentales que contiene este precepto son la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí, por un lado, y por otro, que esas prestaciones vinculadas puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano contratante.

La cláusula 3ª del PCAP indica cuáles son las prestaciones que constituyen el contrato mixto, a saber:

- Limpieza viaria, dentro de la cual se incluirían las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad vial y medioambiental tras un accidente de tráfico en la red viaria.

- Recogida y Transporte de Residuos Sólidos Urbanos, dentro de la cual se incluye la recogida de ropa usada y de aceite doméstico.

A primera vista, se observa una clara diferencia con las prestaciones que se incluyeron en los pliegos que ya anuló este Tribunal, donde constaban, por ejemplo, el alumbrado público. Pero esta diferencia, con ser significativa no es suficiente, sino que para poder determinar si estas prestaciones pueden agruparse para constituir un contrato mixto es menester realizar un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato.

Acertan las dos recurrentes al afirmar que cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante. Como ya explicamos en nuestra resolución anterior, si así fuera el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante, aunque su naturaleza fuera muy diferente.

Por el contrario, el criterio de este Tribunal es que la intención del legislador fue otra muy diferente. Hemos de recordar que uno de los principios que inspiran la totalidad del articulado de la ley es, indiscutiblemente, el de máximo respeto al principio de concurrencia, de manera que a lo largo de toda esta norma se puede observar una prevención contra su vulneración por parte de legislador y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Sobre esta línea de pensamiento es perfectamente razonable entender que si el legislador ha establecido que para que exista un contrato mixto las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni tampoco formal.

Consecuentemente, debemos entender que las prestaciones vinculadas deben ser aquéllas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afectan

versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto, que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque sólo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional. Y es que no es discutible que no existe una unidad funcional respecto de prestaciones que estén tan alejadas materialmente como las que antes hemos señalado.

Por otro lado, como también expusimos, las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad. Para poder acudir a la figura del contrato mixto no basta con que convenga económicamente, sino que es necesario cumplir los requisitos legales.

Pues bien, a la vista de las alegaciones de las partes y de la prueba obrante ante este Tribunal es claro que la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria tienen para el Ayuntamiento una conexión material patente, que no se limita a ser meramente subjetiva. Es cierto que pueden existir algunos elementos diferenciadores entre ambas prestaciones, pero ello es lógico porque, de lo contrario, las prestaciones tendrían que ser idénticas para poder fusionarse en un contrato mixto. Evidentemente es posible fusionar prestaciones diferentes, siempre que exista una conexión material como ocurre en el presente caso.

Para ratificar este criterio no basta con la mera observación gramatical o incluso semántica de la definición del objeto del contrato contenida en la cláusula 3ª del PCAP, sino que hay otros elementos que nos permiten concluir que estamos ante prestaciones vinculadas materialmente y complementarias. Uno de ellos es el contenido de la Ley de Residuos que invoca el órgano de contratación, pero también hay otros. No es el menor de ellos el que para realizar las actividades que comprende cada una de las dos prestaciones principales se pueda utilizar el mismo personal en muchos casos y también la misma maquinaria o material de trabajo. Tampoco es menor el hecho de que los residuos comprendidos en varios casos seguirán un tratamiento común, bien para su reciclado o para su venta.

En estas condiciones es evidente la existencia de una conexión material entre las prestaciones, lo que permite legítimamente al órgano de contratación la fusión de las mismas en un contrato mixto, decisión que de forma añadida puede suponer una disminución de costes para la Administración.

A esta conclusión no obsta lo establecido en la Ley de Economía Sostenible porque el ejercicio de una facultad legalmente establecida como es la fusión de prestaciones, que además solo puede realizarse bajo unas estrictas condiciones marcadas por la norma, no puede considerarse contrario a la legítima finalidad de promover la presencia de pequeñas y medianas empresas, el cual no puede ser considerado en términos absolutos.

Décimo. Vulneración del principio de concurrencia y vulneración procedimental.

Hasta el momento hemos llegado a la conclusión de que el contrato objeto del presente recurso puede ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos. También hemos señalado que las prestaciones que constituyen su objeto pueden agruparse con el fin de constituir un contrato mixto y de atribuir a un solo contratista la realización de todas ellas. Ambas conclusiones deben llevarnos a declarar que en el presente caso no existe violación alguna del principio de concurrencia ni tampoco vulneración procedimental alguna.

Undécimo. Vulneración de la doctrina de los actos propios.

Sostiene el recurso de D^a. M. V. C. que el Ayuntamiento de Guadalajara ha vulnerado la doctrina de los actos propios porque frente a la resolución 346/2013 de este Tribunal interpuso recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y, a pesar de ello, posteriormente aprueba los pliegos objeto de este recurso que se refieren parcialmente a las mismas prestaciones, de modo que, por un lado, pretende que los tribunales declaren contraria a derecho la resolución, lo que supondría la validez de los pliegos declarados nulos y, por tanto, la rehabilitación del concurso en su día iniciado y la rehabilitación de los derechos que pudieran tener adquiridos los licitantes en el mencionado concurso, algunos de los cuales también

recurren, y por otro, convoca un nuevo concurso para la parte más cuantiosa económicamente de los servicios municipales que aparecían incluidos en el anterior.

Ello supondría, a su juicio, que en el caso de que el TSJ de Castilla-La Mancha diera la razón al Ayuntamiento de Guadalajara en su recurso, se rehabilitaría el concurso anterior en el que se fijaba un período de duración de 17 años más 3 de prórroga, que sería de imposible cumplimiento porque se habría adjudicado el concurso convocado con los pliegos que ahora se recurren que lo son por un período de 15 años, más una prórroga de 1, lo que abriría expectativas de solicitud de indemnizaciones millonarias a todas aquellas empresas que habían acudido al primero de los concursos, y una vez declarados conforme a derecho los citados pliegos, se verían en la imposibilidad de que se les adjudicasen los servicios indicados en los mismos por haber sido adjudicados mediante los pliegos ahora recurridos.

El órgano de contratación se opone señalando que estos actos no pueden ser objeto de recurso especial porque son actos de la Junta de Gobierno ajenos a la disciplina contractual.

No está exento de razón el órgano de contratación, pues bien podría afirmarse que el acto de aprobación de los pliegos (no su contenido) no forma parte de la fase de adjudicación del contrato, sino de la preparación del mismo, por lo que este Tribunal no sería competente para conocer de la alegación sobre la nulidad de un acto preparatorio.

Pero es que ni siquiera si entrásemos a conocer del argumento éste podría estimarse. En primer lugar, es lógico concluir que no se puede negar al Ayuntamiento su legítimo derecho a recurrir cualquier resolución que le sea desfavorable si considera que hay argumentos jurídicos para ello. Esta circunstancia no impide que, aceptando la tesis de este Tribunal, elabore unos nuevos pliegos en que se haga una correcta calificación del contrato y se establezca un régimen jurídico acorde con la misma.

En segundo lugar, no está de acuerdo este Tribunal en que si la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha diera la razón al Ayuntamiento hubiera que

indemnizar nada a ningún posible licitador del otro contrato, porque estos no han adquirido derecho alguno por el mero hecho de presentar su oferta.

En tercer lugar, si se diera la estimación del recurso en vía jurisdiccional el Ayuntamiento podría renunciar a cualquiera de los contratos con las consecuencias que legalmente se determinan. Todo ello sin perjuicio de que el objeto de ambos contratos no es enteramente coincidente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los argumentos de la presente resolución, los recursos interpuestos por D. M.V.C., concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, y por D. José Luis Maximiliano Romo, también concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria de la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de acuerdo con lo dispuesto 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 Castilla-La Mancha, 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.