



Recurso nº 168-2018 – GSP – AYTO. SANTA CRUZ DE TENERIFE.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Visto el recurso interpuesto por D. José Ángel Martín Bethencourt, en calidad de concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, contra el acuerdo de adjudicación adoptado por la Junta de Gobierno Municipal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el 29 de octubre de 2018, en el expediente de contratación de la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria y la recogida y transporte de residuos en el municipio de Santa Cruz de Tenerife - Exped. 2015002995”, se dicta la siguiente Resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en su calidad de órgano de contratación, llevó a cabo la convocatoria de la licitación del contrato de gestión de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y tramitación ordinaria, realizando las publicaciones correspondientes en el Diario Oficial de la Unión Europea (enviado el 27 de abril y publicado el 29 de abril de 2017 – 2017/S – 084-164316), en el Boletín Oficial del Estado (12 de mayo de 2017 - B.O.E. nº 113) y en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento (21 de agosto de 2017). El presupuesto de licitación ascendía a 157.781.302,80 €, y un valor estimado de 257.520.468,07 €, para un periodo de ejecución de 8 años, prorrogable por otros dos años.

SEGUNDO. En la cláusula 1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), se dispuso que “Siguiendo la Recomendación de 15 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el presente contrato de gestión de

Table with 2 columns: Content and Date. Row 1: Este documento ha sido firmado electrónicamente por: PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR, Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15. Row 2: Este documento ha sido registrado electrónicamente: RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33, Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33. Row 3: En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K, Barcode, QR code. Row 4: El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23.



servicios públicos, **esta sujeto a regulación armonizada** al serle de aplicación los artículos 5 y 8 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo, que regula por primera vez estos contratos de concesión de servicios, hasta ahora no sujetos a regulación armonizada”

En cuanto a su régimen jurídico, la cláusula 3.1 del PCAP dispuso “El servicio que se licita para su gestión indirecta, es un servicio público de competencia municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que se prestara de conformidad con la normativa estatal o autonómica aplicable, y las propias ordenanzas municipales. En virtud de su calificación, el Ayuntamiento ostentara, las competencias y prerrogativas que le otorgue en cada momento la normativa vigente y en especial las establecidas en el artículo 210 del TRLCSP y el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).

Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en el de prescripciones técnicas particulares.

Para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por el TRLCSP; por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en todo lo que no se oponga al TRLCSP; Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) y el RSCL. La aplicación de estas normas se llevara a cabo en relación con todo lo que no haya resultado afectado por la disposición derogatoria única del TRLCSP”.

TERCERO. Concluido el plazo de presentación de ofertas el día 25 de junio de 2017, se presentaron a la licitación las siguientes empresas: OHL SERVICIOS INGESAN, S.A; URBASER S.A; VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A; FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A y la UTE ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A y ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



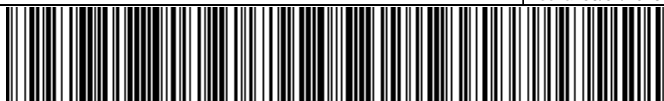
CUARTO. Con fecha de 24 de julio de 2017 se reunió la Mesa de Contratación para el examen de la documentación general contenida en el sobre n.º 1. Tras la calificación de la misma, con fecha de 28 de julio de 2017 tuvo lugar la segunda reunión de la Mesa de Contratación, a fin de analizar la documentación a subsanar por las entidades OHL SERVICIOS INGESAN, S.A y VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A y la apertura en acto público de los sobres nº 2, relativo a los criterios de adjudicación no evaluables mediante cifras o porcentajes”, de los licitadores admitidos, dando lectura de la relación de los documentos aportados y acordando remitir la documentación a la Sección de Mantenimiento para su evaluación, conforme a lo dispuesto en la cláusula 12 del PCAP.

QUINTO. Con fecha de 7 de febrero de 2018 fue emitido informe de valoración de los criterios no valorables mediante cifras o porcentajes, referente a la oferta contenida en el sobre n.º 2, obteniendo las empresas la siguiente puntuación global:

EMPRESA	PUNTUACIÓN GLOBAL OBTENIDA
FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A	42,75
VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A	38,36
URBASER, S.A	35,60
UTE ASCAN Y ACCIONA	33,35
OHL SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A.	27,14

Dicho informe técnico fue objeto de examen por la Mesa de Contratación el día 7 de marzo de 2018. En el acta se hace constar que *“durante el debate se advierte que en la documentación presentada por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A, no consta la declaración de ser ciertos los datos aportados, que se exige en la cláusula 16.3.1 del PCAP”*. Tras una exposición justificativa de la posibilidad de solicitar la subsanación de dicho documento, *la Mesa acordó conceder a Fomento un plazo de 5 días hábiles para que se aporte declaración responsable firmada por el representante de la mercantil en la que se declare ser ciertos todos los datos aportados.*

En segundo lugar, la Mesa de Contratación acordó remitir nuevamente el expediente a la Jefatura de la Sección de Mantenimiento, *“a los efectos de pormenorizar los aspectos valorativos-comparativos del informe realizado”*. El contenido del acta de la Mesa de Contratación fue objeto de publicación en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 12 de marzo de 2018.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



SEXTO. El día 12 de marzo de 2018 procedió el órgano de contratación a notificar a la entidad Fomento de Construcciones y Contratas, S.A, la apertura del plazo de subsanación, procediendo ésta, el 14 de marzo de 2018, a presentar en el Registro del Ayuntamiento (Registro de Entrada 2018024149), la declaración de certeza suscrita por el representante de la entidad, de fecha 13 de marzo.

SÉPTIMO. Con fecha de 27 de marzo de 2018 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A, contra el acto de la Mesa de Contratación de conceder un plazo de subsanación de la oferta presentada por la entidad Fomento y la no exclusión de la citada oferta por incumplir los pliegos. Dicho recurso especial en materia de contratación fue desestimado mediante Resolución n.º 73/2018, de 7 de mayo.

OCTAVO.- Con fecha de 9 de mayo de 2018, se notificó la próxima sesión de la Mesa de Contratación a celebrar, con objeto de la toma de conocimiento del informe técnico relativo a los criterios no evaluables mediante cifras o porcentajes referidos a la oferta aportada por los licitadores en el sobre n.º 2 y, en su caso, proceder a la apertura de los sobres n.º 3, a realizar el día 14 de mayo de 2018.

En dicha sesión de 14 de mayo de 2018, se procedió al examen del informe técnico sobre los criterios no evaluables mediante cifras o porcentajes, relativos al sobre n.º 2. Dicho informe técnico, de fecha 7 de mayo de 2018, atiende al requerimiento efectuado por la Mesa de Contratación celebrada el 7 de febrero de 2018, donde se solicitaba se pormenorizara los aspectos valorativos-comparativos del informe realizado. Atendiendo a dicho requerimiento, y tras su realización, éste es puesto de manifiesto ante la Mesa de Contratación el 14 de mayo de 2018, aceptando la misma el contenido de dicho informe y procediendo a continuación a la apertura del sobre n.º 3, relativo a los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes.

Tras dicha apertura y analizadas las ofertas presentadas, según consta en el acta de la Mesa de Contratación (acta de la cuarta reunión), y ante la advertencia expuesta por la

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Jefa de Sección de Mantenimiento, de que, *“en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 12.3 del PCAP, sobre los criterios para la consideración de baja temeraria en lo relativo al criterio de “Aseguramiento de la calidad”, la oferta presentada por Valoriza Servicios Medioambientales, S.A, ha presentado porcentaje anormal o desproporcionado, al superar el 50%. La Mesa de Contratación acuerda, en aplicación del art. 152.3 del TRLCSP, dar audiencia a la mercantil Valoriza por plazo de cinco días hábiles a contar desde el envío de la notificación, para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma”*

NOVENO. Con fecha de 14 de mayo de 2018 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad URBASER, S.A, contra el acto de la Mesa de Contratación consistente en la toma en conocimiento del informe técnico relativo a los criterios no evaluables mediante cifras o porcentajes referidos a la oferta aportada por los licitadores en el sobre n.º 2 y, en su caso, proceder a la apertura de los sobres n.º 3, a realizar el día 14 de mayo de 2018. Dicho recurso especial en materia de contratación fue inadmitido mediante Resolución n.º 95/2018, de 7 de junio.

DÉCIMO Con fecha de 17 de mayo de 2018, mediante oficio suscrito por el Secretario de la Mesa de Contratación, se solicitó a la entidad VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A, de conformidad con lo establecido en el art. 152.3 del TRLCSP, dar audiencia a dicha entidad, para que *justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma*, concediendo un plazo de cinco días hábiles. Dicho oficio fue notificado por correo electrónico el día 18 de mayo de 2018, según obra en el expediente.

Con fecha de 25 de mayo de 2018 se registró en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, la documentación aportada por la entidad Valoriza, a fin de justificar la oferta, según lo solicitado por la Mesa de Contratación.

DÉCIMO PRIMERO. Con fecha de 13 de junio de 2018 se celebró la quinta reunión de la Mesa de Contratación, *“a los efectos de toma de conocimiento del borrador del informe técnico realizado de la documentación que, para justificar y precisar la valoración de la*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



oferta y las condiciones de la misma, fue aportada en el plazo establecido por la mercantil Valoriza”.

Continuando con la exposición contenida en el acta, “Finalizado el debate y solicitado, por idóneo, dar una redacción más clara en determinados párrafos del informe que para nada afecta a su conclusión final, se plantea por varios miembros de la Mesa que, dada las características del contrato y la relevancia que para el interés general tiene la idónea prestación del servicio público objeto del contrato, y ante las dudas jurídicas surgidas como consecuencia de la conclusión final del informe técnico emitido y que pudiera afectar a la propuesta de adjudicación que en su día se realice por este órgano colegiado, se solicite asesoramiento a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre la extensión jurídica que pudiera afectar a la apreciación de baja temeraria en uno de los criterios de adjudicación valorable mediante porcentaje.

Oído el planteamiento, la totalidad de los miembros de la Mesa acuerdan solicitar el asesoramiento externo y, consecuentemente, deciden:

.- Solicitar al Servicio Técnico de Gestión y Control de Servicios Públicos la modificación formal en la redacción de algunos párrafos del borrador del informe técnico que, sin afectar a su conclusión final, debe ser elevado a definitivo y someterlo a la consideración final de este Mesa.

.- Solicitar a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (...) asesoramiento sobre los efectos jurídicos que conllevaría la declaración de baja temeraria de uno de los varios criterios objetivos de adjudicación”.

DÉCIMO SEGUNDO. Consta en el expediente informe, de fecha 14 de junio de 2018, suscrito por los redactores del mismo, donde se concluye lo siguiente: “Estudiada la totalidad de la justificación se ha puesto de manifiesto que con la propuesta del licitador no es posible alcanzar el nivel de aseguramiento de la calidad a la que se obliga en su propia oferta. Se estima, como consecuencia de la reducción del 80% a aplicar a los valores de los intervalos de los indicadores del servicio, que el aseguramiento de la calidad no puede ser cumplido”.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



DÉCIMO TERCERO.- Consta en el expediente informe 4/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que concluye lo siguiente:

Respecto a la primera cuestión planteada, relativa a *“si una oferta puede ser declarada anormalmente baja por un criterio de adjudicación diferente al criterio importe”*, la Junta concluye que *“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos, los cuales han de establecer los parámetros objetivos que permitan identificar los supuestos en los que una oferta se presuma anormal o desproporcionada, referidos a la oferta considerada en su conjunto, por lo que una proposición presentada por un operador económico puede determinarse que es anormalmente baja por un criterio de adjudicación diferente al importe”*.

Respecto a la segunda cuestión planteada, relativa a *“En caso que pueda ser apreciada la temeridad ,si debe o puede excluirse de la licitación a la oferta, y en consecuencia al licitador”*, la Junta concluye que *“Corresponde a los órganos de contratación la aceptación o rechazo de la oferta que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, siendo función de la mesa de contratación efectuar la correspondiente propuesta debidamente fundamentada de aceptación o exclusión”*.

DÉCIMO CUARTO. Con fecha de 18 de septiembre de 2018 se reúne la Mesa de Contratación, según consta en el acta sexta, a los efectos de tomar en consideración el informe 4/2018 de la JCCA de Canarias y proceder a la admisión o inadmisión de la mercantil Valoriza. En el acta se recogen las consideraciones legales y referidas a la oferta de valoriza que determinaron que la Mesa adoptase el siguiente acuerdo: *“Reunida la mesa de contratación a los efectos de valorar la procedencia de admitir o excluir la oferta presentada por VALORIZA, incurso en desproporción respecto de uno de los criterios objetivos de valoración de las ofertas, la mesa, tras un intenso debate entre los distintos miembros de esta, decide por unanimidad, admitir la oferta presentada por VALORIZA”*.

Por lo que a este procedimiento de licitación importa, esta mesa de contratación ha constado lo siguiente:

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMÉNEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



- a) El PCAP establece criterios objetivos para determinar cuándo la oferta de un licitador puede incurrir en desproporción en tres de los criterios de adjudicación de valoración objetiva. No de la oferta globalmente considerada.
- b) Constatado que la oferta de VALORIZA incurre en desproporción respecto al criterio "Aseguramiento de la calidad", se le otorgó el oportuno plazo para presentar alegaciones. Cosa que hizo en el plazo establecido. A la vista de las alegaciones, por el Servicio Técnico de Gestión y Control de Servicios Públicos se emitió informe en el que se concluye que con la documentación e información aportada por el licitador no se justifica que este pueda alcanzar el nivel de calidad al que se obliga en su propia oferta, entendiéndose por tanto que el aseguramiento de la calidad ofertado no puede ser cumplido (hay que hacer el matiz que dicha imposibilidad se refiere, según consta en el informe, a 6 de los 8 indicadores establecidos en el criterio).
- c) Es la mesa de contratación la que, a la vista de todos los elementos de juicio disponibles, debe proponer al órgano de contratación la admisión o exclusión del licitador incurso en temeridad sobre la base de una única consideración: si el carácter desproporcionado de un elemento de la oferta hace inviable la ejecución del contrato.

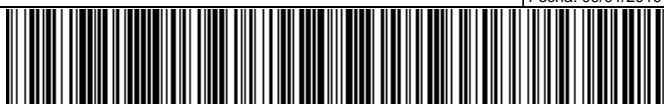
Continúa el acta haciendo constar que *"Una vez admitida la oferta realizada por Valoriza, se solicita en el mismo acto al Servicio Técnico de Gestión y Control de Servicios Públicos, que emita el correspondiente informe de valoración de las ofertas presentadas. Dicho informe es emitido de forma inmediata, con el siguiente tenor literal: (...)*

En base a lo expuesto, la mesa de contratación acuerda por unanimidad de los presentes proponer la adjudicación del servicio público de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos en el municipio de Santa Cruz de Tenerife, a la mercantil Valoriza Servicios Medioambientales, S.A, por un importe anual de 17.748.424,30 €".

DÉCIMO QUINTO. Tras los trámites correspondientes, la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Santa Cruz de Tenerife, en sesión ordinaria celebrada el 29 de octubre de 2018, adoptó el acuerdo de adjudicar el contrato a la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. Dicha adjudicación fue publicada en el Perfil del Contratante del órgano de contratación el día 7 de noviembre de 2018.

DÉCIMO SEXTO. Con fecha de 9 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios del Gobierno de Canarias, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. José Ángel Martín Bethencourt, en calidad de concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, contra el acuerdo de adjudicación adoptado por la Junta de Gobierno Municipal, en sesión celebrada el 29 de octubre de 2018, en el expediente de contratación de la gestión del servicio público de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos en el municipio de Santa Cruz de Tenerife - Exped. 2015002995". En el mismo solicita la nulidad del acuerdo de adjudicación y en sí

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMÉNEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	





misma, la de todo el procedimiento de contratación, con motivo de la existencia de dos vicios de nulidad, el primero referido a la calificación del contrato y el segundo, referido a la figura de la revisión de precios. Lo que motivaba que pese a no haberse impugnado el pliego, el vicio pudiera fundar la anulación del acto de adjudicación.

DÉCIMO SÉPTIMO. Mediante oficio de este Tribunal de 12 de noviembre de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión del procedimiento instada por la empresa recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento, con los datos necesarios a efectos de notificaciones y pronunciamiento sobre la existencia de documentos considerados confidenciales en el procedimiento.

Con fecha de 29 de noviembre de 2018, se remitió por el órgano de contratación a este Tribunal el expediente de contratación de referencia, acompañado, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, del correspondiente informe, donde interesan la inadmisión del recurso.

Considera el Ayuntamiento que el contrato está correctamente calificado como de gestión de servicios públicos, por cuanto el concesionario no percibe una remuneración fija, sino que se le retribuye en función de la utilización del servicio -toneladas de residuos recogidas y transportadas, que realicen los destinatarios.

Señala el informe que el recurrente carece de legitimación, aspecto que se desarrollará posteriormente.

DÉCIMO OCTAVO. Con fecha de 29 de noviembre de 2018 se dio traslado del recurso a las entidades licitadoras, a fin de poder presentar cuantas alegaciones tuvieran por oportunas, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP. Dentro del plazo de cinco días hábiles se presentaron alegaciones, por la entidad VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A donde interesan la inadmisión del mismo por carecer de legitimación el recurrente o bien, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



DÉCIMO NOVENO. A continuación se desarrollan los motivos contenidos en el recurso especial interpuesto por J.A.M.B, que califica como supuestos de nulidad:

1) Argumenta el recurrente que el contrato, calificado por el Ayuntamiento como gestión de servicios públicos, en realidad se trata de un contrato de servicios.

Y esta calificación como servicio conllevaría que el plazo de duración no podría superar los 4 años con 2 de prórroga, y que un periodo superior debería contar con la autorización previa del Consejo de Ministros o del órgano autonómico competente. Expone el recurrente que *“En el caso que nos ocupa, se ha adjudicado un contrato público de servicios de 8 años (cláusula 8 del PCAP), haciendo caso omiso a la Ley (art. 303 TRLCSP), toda vez que no se ha solicitado autorización ni al Consejo de Ministros ni al órgano competente de la Comunidad Autónoma.*

(...) Por tanto, habiéndose omitido este trámite previo esencial y fundamental, y no susceptible de realización por la entidad local, es evidente que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, omisión constituyente de vicio de nulidad de pleno derecho contemplada en el art. 47.1.2 LPAC”.

2) Por último, argumenta el recurrente que *el contrato adjudicado pone en peligro el régimen financiero del Ayuntamiento, ya que la cláusula de revisión de precios es nula, por ir en contra de la Ley al conferir pagos indebidos a la adjudicataria.*

De conformidad a la Ley de desindexación y la propia norma de contratos (art. 89.2 TRLCSP), la revisión periódica predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra y de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, todo ello previa justificación en el expediente.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	





Por tanto, la revisión de precios está prohibida, por mandato legal, en los contratos en los que la recuperación de la inversión sea inferior a 5 años. Teniendo en cuenta que el contrato que se licita no puede ser superior a 4 años y que los 3 adicionales de prórroga no son obligatorios para el contratista, es materialmente imposible que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 años. En consecuencia, la inclusión de una cláusula de revisión de precios es manifiestamente ilegal. En todo caso, como verá el Tribunal, la inclusión de una cláusula ilegal de revisión de precios es un elemento más para valorar que no existe ningún tipo de riesgo operacional que se traspase al contratista.

Junto a lo anterior, la cláusula de revisión de precios es nula, por ir en contra, de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, así como del RD 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, y por tanto, su aplicación durante el ilícito plazo de 8 años sería catastrófica para las arcas municipales.

Señala el recurrente que, en la cláusula 34.3 del PCAP se dispone que el “Coste de Medios Personales y otros costes: Se actualizara en función de la variación del IPC de Canarias correspondiente al grupo especial de “Servicios”. Añade que la Ley 2/2015 desvincula totalmente del IPC los precios que se fijan en la prestación de los servicios públicos, obligando a que la subida se haga conforme al incremento de los costes derivados del propio servicio, de forma que el alza de los precios generales no se traslade a los salarios ni a los precios públicos.

Es precisamente en relación con los costes de mano de obra, que el RD 55/2017 establece en su art. 5 que únicamente podrán repercutirse las variaciones en los mismos hasta el límite del incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, de conformidad con lo previsto en los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, el pliego de condiciones hace caso omiso a la Ley, y vincula los costes de medios personales al IPC (...) Por tanto, el índice que habrá de usarse para revisarse el pago periódico del adjudicatario será notablemente mayor al que, por aplicación de la Ley, debiera ser.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Dada la naturaleza de orden público del vicio que genera la infracción cometida, y su gravedad y repercusión en un bien tangible como el dinero, en concreto, los fondos municipales, nada impide su apreciación por parte de este Tribunal, aun cuando no se hubieran impugnado los pliegos de condiciones con anterioridad, pues como hemos acreditado, se trata de dos vicios de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, (i) existe una omisión total del procedimiento legalmente establecido y (II) es un acto expreso contrario al OJ, por el que la mercantil adjudicataria adquiere una serie de derechos económicos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. Todo ello vulnerando flagrantemente tanto el TRLCSP como la Ley 2/2015.

A la vista de lo expuesto, el recurrente solicita la nulidad, tanto de la adjudicación, como del propio procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo estipulado en el Convenio de Colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre atribución al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las competencias previstas en el artículo 3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea dicho Tribunal, suscrito con fecha de 19 de octubre de 2017 y publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 224 de 21 de noviembre de 2017; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 4 del artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), así como en el artículo 2.2 del indicado Decreto 10/2015 de 12 de febrero y en la Orden del Consejero de Economía, Hacienda y Seguridad de 14 de mayo de 2015 que dispone el nombramiento del Titular del citado Tribunal.

SEGUNDO.- Respecto a la tramitación del recurso especial, dispone el apartado 4 de la disposición transitoria primera que *“En los expedientes de contratación iniciados antes de*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	




la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor". Por tanto, en cuanto a su examen y tramitación se realizará según lo previsto en la LCSP, en sus artículos 44 a 60 y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en material contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Y específicamente, respecto al régimen jurídico aplicable al fondo del asunto, será aplicable el TRLCSP, en virtud de la disposición transitoria primera, apartado 1 de la LCSP, que dispone "1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato".

TERCERO- El requisito de la legitimación del recurrente, que ha interpuesto el recurso en su calidad de concejal, exige un análisis más detallado por este Tribunal que, siguiendo en este punto una muy reiterada jurisprudencia, viene reconociendo legitimación para interponer recurso especial a los licitadores, a los aspirantes a serlo y a los grupos o colectivos que les representen, siempre y cuando, en este último caso, se aprecie una conexión o vinculación directa, específica y cualificada con la pretensión ejercitada, pues lo contrario llevaría a admitir una especie de acción pública en materia de contratación que el legislador no ha previsto.

De acuerdo con el art. 48 de la LCSP, "Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso".

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Por su parte, el art. 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que *“junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: (...)*

b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.

Y el RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades, que igualmente dispone en su art. 209.2 que *“Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. ”*

Al respecto, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone en su artículo 24.6 que *“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.”*

Debe hacerse una interpretación conjunta de los preceptos citados y plantearse, si se da la presencia de un interés legítimo del que sea titular el concejal a título individual, es decir, si la resolución objeto de recurso afecta a derechos e intereses colectivos de los que están habilitados para su defensa y puedan recurrir, esto es legitimación *ad causam*.

Los preceptos reguladores del recurso especial en materia de contratación constituyen ley especial respecto de la legislación reguladora del procedimiento administrativo con carácter general, de manera que la existencia o no de legitimación al caso concreto debe examinarse a la luz del artículo 48 de la LCSP.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Conforme a las Directivas de recursos (artículo 1.3 Directiva 89/665/CEE), debe reconocerse legitimación para interponer el Recurso Especial *“como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción”*. Como vemos en este punto el derecho nacional excede del concepto de legitimación que ofrecen como un mínimo las Directivas comunitarias de recursos, por lo tanto los supuestos que exceden de la protección de las Directivas deben lógicamente interpretarse conforme al Derecho nacional

Cabe aplicar en el ámbito del recurso especial la distinción clásica en derecho procesal entre legitimación *“ad procesum”* y legitimación *“ad causam”*, entendiendo por la primera, la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos; dicho en otras palabras, la capacidad de ejercicio del derecho exigida a las personas para poder ejercitar por sí mismos sus derechos y obligaciones en el campo del Derecho Procesal;

Pero distinta de la anterior es legitimación *«ad causam»* que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dicen las sentencias del TS de fecha 13 de noviembre de 2007 (RC 8719/2004) y la de fecha 23 de marzo de 2010, *consiste en la legitimación propiamente dicha e «implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito»*; añadiendo la doctrina científica que *«esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal»*. Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 11 de noviembre de 1991 (RTC 1991\214), ha dicho que *«la legitimación [se refiere a la legitimación ad causam], en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	

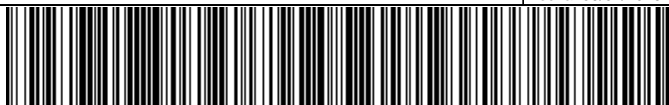


proceso». Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto". Por tanto, la legitimación "ad causam" es la que tiene la parte material, y que está íntimamente vinculada con la capacidad de goce del derecho material objeto del recurso; es decir, la relación especial que debe existir entre la persona y una situación jurídica en litigio.

Respecto de la legitimación "ad causam", según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la misma equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Este Tribunal, respecto de la legitimación "ad causam", parte de que, para precisar el alcance del citado precepto en caso de terceros interesados no licitadores, asimilable a la figura del concejal, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre "Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F.4).”

Más concretamente respecto de la legitimación del Concejal, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, “**existe una legitimación ex lege**, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto, -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL, que el concejal, por su condición de miembro -no de órgano del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido ‘mediante sufragio universal, libre, directo y secreto’ de los vecinos

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



(art. 19.2 LBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación”.

Dicho esto, debe examinarse la presencia de la legitimación *ad causam* en el concejal recurrente. Este examen debe hacerse intentando equilibrar el acceso al recurso en virtud del principio *favor acti*, con el carácter de recurso especial del mismo y con su finalidad, de manera que se evite en todo caso que el mismo sea utilizado para fines ulteriores de los que presiden el recurso especial, de forma que corresponde al recurrente determinar cuál es el interés legítimo que persigue y en qué forma se vería satisfecho con la resolución del Tribunal, sin que en tal caso pueda ser suplida dicha actividad de justificación. Ello no significa que deba hacerse una argumentación exhaustiva o profunda al respecto, es suficiente una alegación o identificación somera del interés cuya presencia corresponde apreciar al Tribunal.

Entrando al examen del caso concreto, observamos la existencia de un supuesto especial de legitimación en el ámbito local, prevista en el artículo 63.1 b) de la LBRL cuando reconoce «*Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos*». Esto es un concejal puede impugnar los acuerdos del Pleno si consta en el acta que voto en contra. No es suficiente la mera abstención. Pero no podría impugnar los acuerdos del Alcalde, o de la Junta de Gobierno, cuando no sea miembro de la misma.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en Sentencias 173/2004 y 108/2006, sientan una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales, por cuanto reconoce que se encuentran legitimados para impugnar

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



los acuerdos de estos órganos, lo que excede el tenor literal del precepto. En definitiva, la legitimación de los Concejales alcanza para impugnar actos administrativos dictados por órganos municipales en los que no se hayan integrados, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento, y porque se le presupone que está interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostentan. Claro, con la sola excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote en contra de la adopción del acuerdo de que se trate

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sentencia de 10 de mayo de 2012, recurso de casación núm. 1424/2008), o la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 26 de Septiembre de 2014, rec. núm. 3928/2012; han interpretado el artículo 63.1.b) de la LBRL de forma unánime, en el sentido de considerar que sólo los miembros que forman parte de un órgano colegiado del Ayuntamiento y que votan en contra del acuerdo adoptado están legitimados para impugnar tal acuerdo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, afirmando que dicha norma no afecta a los Concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnarlo atendiendo a las reglas generales de legitimación. Esto es, si reciben un perjuicio o beneficio directo, pero no por tener un mero interés.

Por tanto, para el Tribunal Supremo un concejal, carece de legitimación para impugnar un Acto adoptado por el Alcalde, o Junta de Gobierno Local; y su legitimación se restringe a los acuerdos de Pleno en que haya votado en contra. A diferencia del Tribunal Constitucional, que sí les reconoce legitimación. Por tanto, tenemos opiniones confrontadas, y soluciones diversas para la misma cuestión.

En materia de contratación, el TACRC en Resolución 583/2014, 24 de Julio de 2014, admite la legitimación de unos concejales mediante la interposición de un Recurso Especial contra la adjudicación de un contrato, pese a no haber participado en la formación de la voluntad municipal en sentido negativo, por cuanto el acuerdo era de Alcaldía. En definitiva, le da prevalencia al criterio del Tribunal Constitucional. Sin embargo, ello, no impide que reconociendo su legitimación, a renglón seguido desestime su pretensión

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Esta interpretación se ha visto reflejada en la redacción del artículo 48 de la LCSP, que modifica el artículo 42 del antiguo texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando establece que estarán legitimadas las personas físicas o jurídica *“cuyos derechos e intereses individuales o colectivos legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de forma directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*, que admite la legitimación ad procesum de las entidades y por temas representativos de intereses distintos de la propia obtención de la adjudicación.

Acudiendo a los hechos del presente expediente, el concejal no se engloba dentro de los supuestos contemplados en el art. 63.1b) de la LBRL ni en el art. 209 RD 2568/1986, no contando por ello con la legitimación ex lege.

Pero a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional, se reconoce al concejal, por su condición de miembro del Ayuntamiento, legitimación para impugnar la actuación de la corporación local a la que pertenece, fundamentándolo en el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de la misma. La interpretación conjunta que hace el Tribunal Constitucional de los artículos de la LJCA y 63.1 b) de la LBRL, permite que la legitimación de los miembros de las corporaciones locales se amplíe sustancialmente pudiendo impugnar también los actos y acuerdos procedentes de órganos unipersonales o de órganos colegiados de los que no son miembros.

El recurrente pretende la nulidad de los pliegos cuya aprobación junto con la convocatoria del procedimiento de licitación se produjo por la Junta de Gobierno Local, de la cual no es miembro, tal y como afirma el órgano de contratación en su informe de respuesta al recurso, por lo que en principio y sin perjuicio del examen concreto de la legitimación ad causam, la recurrente se encuentra legitimada (ad procesum) conforme a la jurisprudencia constitucional.

Cuestión distinta es la legitimación ad causam, donde, para el caso de terceros no licitadores o grupos o colectivos que les representen, debe apreciarse una conexión o vinculación directa, específica o cualificada con la pretensión ejercitada, pues lo contrario

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



llevaría a admitir una especie de acción pública en materia de contratación que el legislador no ha previsto. Ello nos lleva al análisis de la existencia de un interés legítimo vinculado a los concretos motivos de impugnación, a fin de apreciar la existencia de legitimación ad causam.

Para precisar el alcance del 'interés legítimo' en caso de terceros no licitadores -como es el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

Pues bien, del análisis de la normativa así como de la jurisprudencia constitucional y del Supremo, se observa una dualidad de criterios, no existiendo una doctrina consolidada en el ámbito de los tribunales de recursos, en tanto el planteamiento de la figura de un concejal impugnando la adjudicación, y no los pliegos, figura más habitual, no ha sido objeto de diversos pronunciamientos, dado los escasos supuestos objeto de recurso especial donde se plantease este supuesto de legitimación del art. 48 de la LCSP.

A la vista de todo lo expuesto, y en tanto se observa que el recurrente trata de restablecer la legalidad que entiende infringida, con motivo de la incorrecta calificación del contrato y por la figura de la revisión de precios, lo que afectaría, según expresa el recurrente, a la legalidad del procedimiento de licitación, no se considera que concurra legitimación del concejal recurrente, en tanto que las alegaciones concretas referidas en su recurso se atienen más a cuestiones del pliego, que no fue objeto de impugnación, que a la fase en que se encuentra el procedimiento de contratación, ya adjudicado, y sobre la que no versa ningún motivo de impugnación.

Y es este análisis concreto de los motivos expuestos, unido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, referido específicamente a la legislación contractual, y al concepto de interés legítimo, que conlleva un beneficio concreto o la evitación de un perjuicio determinado, en este caso, a los conciudadanos que representa la figura del Concejal, que

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



determinan que, ante el presente caso, se entienda que no existe legitimación para la interposición del recurso en nombre propio, a la vista de sus alegaciones, en el bien entendido que en este caso y tal y como se plantea el recurso, se trata del ejercicio de una acción pública en defensa de la legalidad, no permitida en el ámbito del recurso especial, no pudiendo englobar los motivos expuestos en el presente caso dentro del concepto más genérico de defensa de los intereses que le son propios como miembro de la Corporación Municipal.

Por tanto, a la vista de los motivos concretos esgrimidos por el recurrente, y que se desarrollarán en los siguientes fundamentos, permiten entender que no cuenta con la legitimación ad causam suficiente para la impugnación de la adjudicación.

CUARTO. A pesar de lo anterior, este Tribunal procede a continuar con el análisis del resto de los restantes requisitos de admisión del recurso y al análisis de las cuestiones de fondo planteadas.

Respecto a si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, lo que conecta con el primer motivo alegado por el recurrente, relativo a la errónea calificación del contrato, argumentando que no se trata de una gestión de servicio público sino de un contrato de servicios, dada la ausencia de riesgo operacional, a este respecto, es necesario señalar que, al no haber sido transpuestas en plazo las Directivas europeas 2014/24/UE y 2014/23/UE y vista la fecha de publicación de los anuncios de licitación, entró en juego el denominado efecto directo de aquellas disposiciones que tengan un contenido incondicionado, claro y preciso.

Desde esta perspectiva, el art. 40 TRLCSP, establecía la tipología contractual y actuaciones objeto de recurso. Pero estos supuestos, dado que el recurso especial tiene fundamento europeo (Directiva 89/665, modificada por la Directiva 2007/66) deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE y el nuevo marco regulatorio europeo,

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



constituido por las Directivas citadas. De esta forma han de entenderse incluidos en los supuestos del art. 40 TRLCSP los tipos de contratos relacionados en las Directivas citadas.

Aplicando lo anteriormente señalado a este supuesto, queda desplazada con carácter general la categoría contractual de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión por el de concesión de servicios que tengan la consideración de regulación armonizada según art. 8 de la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones.

En cuanto a si cabe recurso especial en materia de contratación en el presente procedimiento, según establece la cláusula 1.3 del PCAP, "Siguiendo la Recomendación de 15 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el presente contrato de gestión de servicios públicos, esta sujeto a regulación armonizada al ser de aplicación los artículos 5 y 8 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo, que regula por primera vez estos contratos de concesión de servicios, hasta ahora no sujetos a regulación armonizada".

Comenzando con el análisis del primero de los extremos apuntado, relativo a si el contrato que pretende celebrarse es uno de los indicados en el art. 40.1 del TRLCSP, señalar que, aun cuando una de las cuestiones controvertidas planteadas por la recurrente en su escrito es precisamente la calificación jurídica del contrato, hemos de indicar que, como más adelante veremos, ya se trate de un contrato de servicios o bien de un contrato de concesión de servicios, en cualquier caso dicho contrato estaría sujeto a regulación armonizada, dado que su valor estimado es de 257.520.468,07 €, pues ello determina su procedencia.

De estas determinaciones resulta que los contratos de gestión de servicios públicos equiparables a las concesiones de servicios y en los que concurran los requisitos para ser considerados contratos de concesiones SARA, se rigen en primer lugar por las normas de la Directiva 2014/23/UE que tengan efecto directo, una de la cuales es la de que son susceptibles de recurso especial.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



De conformidad con la Directiva 2014/23/UE (DC), los contratos de concesión de servicios, similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios público, se consideran sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE eran 5.186.000 euros), pudiendo por ello calificarlo como sujetos a regulación armonizada, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén expresamente excluidos por la DC de su ámbito de aplicación. Recordar que para el año 2018 el umbral ha sido modificado y asciende a 5.548.000 € según Orden HFP 1298/2017.

La sujeción a la citada Directiva conlleva entre otros efectos el sometimiento a las garantías jurídicas como la que supone quedar en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación, conforme al art. 46 de la propia DC, dado que se cumplen los requisitos exigidos en la DC para calificarlo como concesión de servicios y el valor estimado supera el umbral establecido en la misma. Por tanto, procede la admisión del recurso especial en materia de contratación en el presente procedimiento.

En cuanto a si procede el recurso especial en materia de contratación contra el acto recurrido, rige en esta contratación, ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, cuyo artículo 40 enumera en su apartado 2, los actos susceptibles de recurso especial, que pasan a ser los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4, lo que conlleva que, en nuestro caso, el acuerdo de adjudicación recurrido, sea susceptible de recurso especial al referirse a un contrato de gestión de servicios públicos convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado es superior al exigido en la normativa contractual (artículo 44, apartados 1 letra c) y 2 apartado c) de la LCSP y 40 apartados 1 c) y 2.c) del TRLCSP).

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



QUINTO. En lo que se refiere al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso, el artículo 50.1 letra d) de la LCSP establece:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado ésta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

Asimismo, el apartado 3 del citado artículo 51 de la LCSP dispone que *“...Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”*

En base a la normativa expuesta y a la vista de los hechos comprobados, cabe concluir que se han cumplido los requisitos de plazo e interposición de los recursos previstos en el art. 50 y 51 de la LCSP y en el art. 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por tanto, el recurso especial se plantea en tiempo y forma, se consideramos que el acto recurrido es la adjudicación del contrato, e interpuesto el recurso especial dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

No obstante, visto el fondo del recurso y sus fundamentaciones, éstas responden, al contenido de los Pliegos de Cláusulas Administrativas que fueron aprobados en fecha 17 de abril de 2017 y publicados en el DOUE el 29 de abril de 2017, de lo que puede extraerse que este recurso se plantea verdaderamente contra el contenido de los Pliegos de Cláusulas que rigen la contratación. Por tanto, si bien los recursos se interponen formalmente contra el acto de adjudicación, y desde este punto de vista debe admitirse a

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



trámite, como hemos señalado en el fundamento de derecho anterior, el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo, pues invoca única y exclusivamente motivos de impugnación referidos al pliego de cláusulas administrativas particulares, cuestión que se aborda a continuación y en el fundamento de derecho sexto, en relación con la figura de la impugnación indirecta de los pliegos.

En cuanto al plazo de interposición, dispone el artículo el artículo 50.b) de la LCSP, que será de 15 días hábiles y cuando se interponga contra el contenido de los Pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará *“a partir del día siguiente a aquel en se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le haya entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”*.

El contenido de este precepto se recoge igualmente en el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales RPERMC, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Este Tribunal ha señalado ya que el principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores; además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



adjudicación, aparece un recurso contra los Pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.

SEXTO. Vinculado a la doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato, hemos de analizar la figura de la impugnación indirecta de los pliegos al recurrir el acto de adjudicación.

Respecto de las alegaciones referidas a la incorrecta calificación del contrato o de la figura de la revisión de precios, aspectos referidos al pliego de cláusulas administrativas particulares, los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones del TACRC (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía».*

Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace *«inviabile la posibilidad de que se*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	

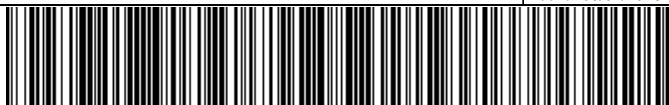


invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”»

Por tanto, una vez que el pliego ha sido aceptado y no impugnado por el concejal recurrente, que pudo interponer recurso contra los pliegos, en su momento procedimental oportuno, no cabe denunciar vicios de aquel con ocasión del recurso contra la adjudicación del contrato.

No obstante, esta regla general admite como excepción el que concurran de forma acumulativa para poder anular un pliego con motivo de la impugnación de otro acto distinto como la adjudicación o la exclusión, una serie de supuestos. Tales supuestos han sido puestas de manifiesto por los Tribunales en diversas resoluciones (v.g. Resoluciones 270/2015, 281/2015, 286/2015 y 290/2015, todas de 31 de julio y 310/2015, de 3 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía - TARCJA) y son las siguientes:

1. Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP.
3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria –no solo ilegal– del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	




En cualquier caso, es conocido por todos los operadores jurídicos que el vicio de nulidad radical de los actos administrativos es de interpretación restrictiva. Por tanto, en los supuestos en que existe un vicio de nulidad en la definición del régimen jurídico del contrato o en una cláusula específica como es la revisión de precios, el Tribunal solo podría apreciar la nulidad del pliego en la resolución de un recurso contra la adjudicación cuando, además de concurrir las excepciones anteriores, aquel vicio tan grave no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del pliego, sino que se ponga de manifiesto con posterioridad, en la fase de adjudicación, en la que nos encontramos.

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del PCAP –que es lo que acontece en el caso aquí examinado–, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con lo que si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio.

Es más, el criterio de estas resoluciones es el mismo que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora o bien un tercero no licitador (en este caso, un concejal), razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En definitiva, de la citada Sentencia podemos extraer el argumento de que si las condiciones de la licitación están suficientemente claras en los pliegos, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la adjudicación.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato». Lo dicho nos lleva a confirmar, que en este caso no pueden ser objeto de revisión las cláusulas del PCAP, con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso.

Debe tenerse en cuenta la consideración 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

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



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, 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

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	

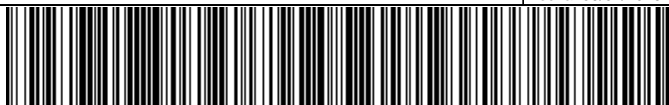


el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones 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 o la incorrecta definición de la revisión de precios, lo cierto es que 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 resulta contrario al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional al que se refiere la STJUE ya citada.

Por ello, 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- así como la redacción de la figura de la revisión de precios, deviene inatacable.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



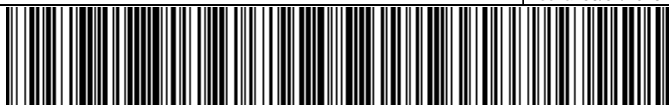
A juicio de este Tribunal, tanto la redacción de la revisión de precios como el posible error en la calificación del contrato no suponen en ningún caso un vicio de nulidad en sí mismo, en tanto el órgano de contratación, al conferir la tramitación como procedimiento sujeto a regulación armonizada, cumplió con las exigencias de publicidad establecidas en la normativa contractual, no viéndose ningún tercero perjudicado en sus derechos, por lo que no se aprecia conculcación alguna de los principios que rigen la contratación que deba llevar aparejada la nulidad de pleno derecho de los Pliegos, único supuesto en el que podría entrar a conocer este Tribunal de una eventual impugnación indirecta de los Pliegos.

Por ello, los motivos de impugnación expuestos deben ser rechazados, en tanto nos encontramos ante un supuesto de declaración de extemporáneo respecto de la interposición del recurso, sin perjuicio de la declaración de inadmisión por falta de legitimación ya expuesta en el fundamento de derecho tercero.

SÉPTIMO.- Esto no obstante, obiter dicta, se procede al análisis de las cuestiones planteadas por el recurrente.

Del análisis del expediente, este Tribunal deduce que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios armonizado, conforme a los parámetros establecidos en las cláusulas del PCAP y del PPT, y teniendo en cuenta que la clave se centra en dilucidar si en el presente expediente se ha concebido la gestión del servicio público dentro de los parámetros exigidos por la DC para encontrarnos ante una concesión de servicios y su asociación al contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP.

De conformidad con la DC, los contratos de concesión de servicios, similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios público, se consideran sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE eran 5.186.000 euros), pudiendo por ello calificarlo como sujetos a

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



regulación armonizada, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén expresamente excluidos por la DC de su ámbito de aplicación. Recordar que para el año 2018 el umbral ha sido modificado y asciende a 5.548.000 € según Orden HFP 1298/2017.

La sujeción a la citada Directiva conlleva entre otros efectos el sometimiento a las garantías jurídicas como la que supone quedar en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación, conforme al art. 46 de la propia DC. Si respondiese al concepto de contrato de concesión de servicios, estaría sometido a las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, puesto que el valor estimado de la concesión supera el umbral de 5.225.000 euros, establecido en el artículo 8 de la DC, y cabría por ello interponer recurso especial.

El artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE, define la concesión de servicios en su apartado 1 letra b como *un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.*

*La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará **la transferencia al concesionario de un riesgo operacional** en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.*

Desde esta perspectiva el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE, establece como elemento diferenciador de la figura, “*la transferencia al concesionario de un riesgo*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



operacional” especificando éste como riesgo de demanda, de suministro o ambos. Es decir, un riesgo operacional de carácter económico (Considerando 18 de la DC)

Y añade que se ha de considerar que el concesionario asume el riesgo operacional cuando “no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Reproducimos a continuación los Considerandos 18 a 20 de la DC:

(18) Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.

(19) Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.

(20) Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

Esta determinación de cuando hay que considerar que hay una transferencia del riesgo de explotación o riesgo operacional a la empresa contratista se encuentra matizada por la Directiva 2014/23/UE, en su parte expositiva (considerandos 18 a 20), en los extremos siguientes:

- Excluye este riesgo el hecho de que el poder o entidad adjudicadora aligere al operador económico de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y los costes que deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Asimismo, también elimina este riesgo el hecho de que la reglamentación específica de un sector establezca una garantía en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato.
- El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impide que un contrato se pueda considerar una concesión.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



- Parte del riesgo operacional puede ser asumido por el poder o entidad adjudicadora.
- El hecho de que la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora no excluye por sí solo este riesgo, si la recuperación de las inversiones y los costes que deba satisfacer el operador para la ejecución del contrato dependen de la demanda o del suministro efectivos de los servicios.
- El riesgo operacional debe derivar de factores que escapen del control de las partes, de manera que los riesgos vinculados a una mala gestión, a incumplimientos del contrato o a situaciones de fuerza mayor no son determinantes a efectos de considerar un contrato como concesión, dado que son inherentes a cualquier tipo de contrato.
- El riesgo operacional se debe entender como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado y puede consistir en un riesgo de demanda –riesgo que deriva de la demanda real de los servicios objeto del contrato–, o en un riesgo de oferta –riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda– o en una conjunción de ambos.

Además, la particularidad del riesgo operacional radica en el hecho de que excede del riesgo inherente a cualquier tipo de contrato –el riesgo y ventura regulado en el artículo 215 del TRLCSP. Asimismo, no necesariamente se debe transferir a la empresa concesionaria la totalidad del riesgo pero sí, al menos, una parte significativa de éste –y es posible que el poder o entidad adjudicadora asuma una parte–, incluso cuándo este riesgo sea limitado como consecuencia de la configuración jurídico pública del servicio, y en todo caso, la parte de los riesgos transferidos deben suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado en la medida que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra no sea sólo nominal o desdeñable.

Si bien para poder considerar que hay traslado del riesgo operacional, como mínimo, una parte significativa de la contraprestación que debe recibir la empresa contratista debería consistir, necesariamente, en una cuantía variable, la determinación de esta cuantía debería depender siempre de elementos sometidos a las incertidumbres del mercado. En

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



la Resolución 149/2014, de 21 de febrero, y, en unos términos parecidos, la Resolución 520/2014, de 4 de julio, el TACRC admitió la existencia de una concesión de servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y selectivos, porque *"la prestación se retribuye en función del número de toneladas de residuos recogidas y no mediante una cantidad fija"*, poniendo, además, en relevo que *"la empresa contratista está obligada a realizar una serie de inversiones de envergadura, cuyo importe es imposible recuperar en el plazo de duración de un contrato de servicios"*.

Sentado lo anterior hay que concluir que para calificar un contrato como concesión se exige que el contratista asuma los riesgos de la explotación y que se estará ante un contrato de servicios cuando el contratista no asume dicho riesgo. El concepto de asunción del riesgo ha sido objeto de análisis pormenorizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se ha incorporado a nuestro Derecho, pudiendo citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que *"El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios"*.

Parece patente así que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	

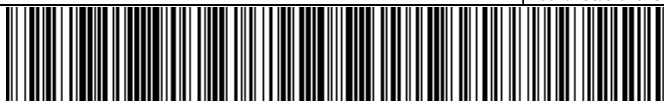


en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Igualmente, la STJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, señala que: (...) “26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).

37 A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)”.

Por tanto, como así ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución n.º 198/2017, “el concepto de “riesgo de explotación económica del servicio” se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	

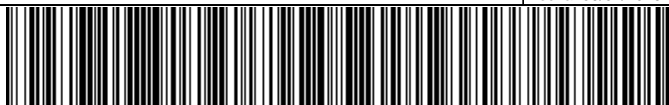


sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación. La STJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom) se refiere a la transferencia del riesgo como el elemento determinante para calificar el objeto de contrato y su diferenciación, entre contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”.

En el contrato que es objeto de estudio, expuestos los anteriores extremos, es necesario verificar si concurre la existencia de riesgo esencial para su calificación como tal contrato de concesión, riesgo que en este caso según el contenido de los Pliegos se concreta en primer lugar en la gestión integral del servicio público y, en segundo lugar, en la fórmula de contraprestación establecida en los pliegos.

Sobre el objeto del contrato, que debe estar constituido por la gestión de la totalidad del servicio público, se observa que se otorga al concesionario la potestad de organización y planificación del servicio, fijando los pliegos una serie de condiciones mínimas, transfiriéndose la responsabilidad de la explotación. De esta forma, la retribución al operador económico está vinculada al uso del servicio, no estableciéndose en los pliegos mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas.

Respecto de la remuneración al contratista se abona directamente por la Administración contratante, mediante pagos que varían en función de las circunstancias recogidas en la cláusula 33 del PCAP, que además, viene vinculada a una implementación escalonada de las etapas descritas en el PCAP, y a una serie de indicadores, que conllevan que no se trate de una cantidad fija, lo que conlleva que el concesionario asume el riesgo de la explotación de tal servicio, es decir, tanto sus pérdidas como sus ganancias, de modo que su contraprestación es variable y está sujeta a cuestiones ajenas a su voluntad, como puede ser el nivel de uso de los usuarios. Este criterio ha tenido su reflejo en la regulación actual, cuando dispone el artículo 281.1 TRLCSP: «El contratista tiene

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



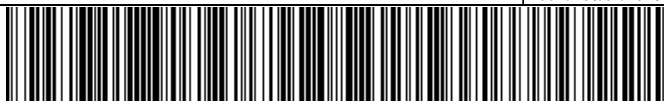
derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se perciba directamente de los usuarios o de la propia Administración».

Por último, otro de los indicios que la doctrina ha apuntado como revelador de la concurrencia de esa incertidumbre en la contraprestación del concesionario, es la incorporación a su objeto de obligaciones de inversión previas a la explotación del servicio, como así se exige en los pliego que rigen la contratación, lo implica una clara asunción del riesgo por parte del concesionario

Por tanto, del examen del pliego de condiciones aplicable al contrato, se pone de manifiesto que estamos ante un contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada, pues se transfiere al contratista adjudicatario el riesgo operacional derivado de la explotación del servicio, abarcando, en la terminología del Considerando 20 de la DC, el riesgo de demanda (aquél que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato), o el riesgo de suministro o de oferta (el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda), o ambos.

Transfiriéndose el riesgo operacional al contratista, hay que concluir que las prestaciones objeto del contrato son las propias de un contrato de concesión de servicios (artículo 5.1 b) de la DC), siéndole aplicable la DC dado que en el presente caso, a la vista del valor estimado del contrato, se supera el umbral ahora previsto en la Directiva 2014/23/UE, y que por tanto se engloba dentro del concepto de contrato de concesión de servicios armonizados que se definen y rigen por la Directiva.

Por tanto, al tratarse de un contrato de concesión de servicios, el primer motivo de impugnación esgrimido por el recurrente sería objeto de desestimación.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Unido a ello, hemos de indicar que la calificación del contrato en el anuncio de licitación y en los pliegos como de gestión de servicio público, depende de que efectivamente exista o no riesgo operacional en su explotación; no obstante, en el presente caso la cuestión carece de trascendencia habida cuenta de que el concejal recurrente impugna la adjudicación del contrato, pero no los pliegos, que no han sido impugnados en su momento ni posteriormente y ahora tampoco cabe su impugnación indirecta en cuanto que la cuestión de dicha calificación del contrato nunca será causa de nulidad absoluta, por lo que no es posible su impugnación extemporánea, como así se fijó en los fundamentos de derecho quinto y sexto.

OCTAVO. En cuanto al procedimiento previsto para establecer en los pliegos la fórmula de revisión de precios y el contenido de la misma, a este respecto, entiende este Tribunal, en la línea seguida por otros Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, como es el caso del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 756/2016 (recurso 568/2016), de 30 de septiembre, que: *“El ámbito del recurso especial establecido en el TRLCSP se acota no solo por los actos recurribles y la legitimación, sino también por el sector del ordenamiento jurídico que se infringe eventualmente por dichos actos y acuerdos recurribles, que no es otro que la normativa contractual del sector público o vinculada a esta de forma directa, de acuerdo con el alcance que le confiere el citado TRLCSP. Esto es, el Tribunal no tiene el mandato legal de contrastar la legalidad del acto o acuerdo impugnado con todo el ordenamiento jurídico. Así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones, como la número 151/2016: “Tal recurso no puede configurarse como mecanismo universal de impugnación de cuantos defectos o irregularidades hayan podido cometerse con ocasión de la contratación pública. Como hemos reiterado en nuestras resoluciones, este Tribunal es un órgano especializado en materia de contratación administrativa que, consecuentemente, no puede entrar a resolver sobre cuestiones que, planteadas con ocasión de un recurso administrativo, nadan tienen que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones del TRLCSP o de su normativa complementaria”.*

En el presente caso, las razones invocadas para la impugnación corresponden estrictamente al ámbito de la normativa presupuestaria, y por tanto el examen de su

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYpwrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



legalidad está vedado al Tribunal por corresponder a otros órganos e instancias, cuyas competencias resultarían infringidas, debiendo inadmitirse el recurso por este motivo.

Por lo demás, no nos encontramos ante un trámite esencial que implique la nulidad de pleno derecho de los pliegos; tampoco incide, ni siquiera indirectamente, en la adopción y contenido del acuerdo de adjudicación del contrato, objeto del recurso. Por tanto, también en cuanto a esta alegación resulta improcedente utilizar la impugnación del acuerdo de adjudicación para recurrir indirectamente los pliegos de condiciones aprobados que constituyen la ley del procedimiento y respecto a los cuales, como ya se indicó, el recurso es extemporáneo.

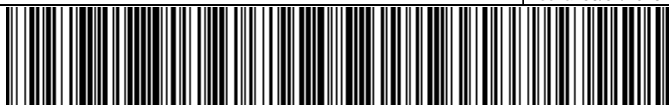

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. INADMITIR el recurso interpuesto por D. José Ángel Martín Bethencourt, en calidad de concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, contra el acuerdo de adjudicación adoptado por la Junta de Gobierno Municipal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el 29 de octubre de 2018, en el expediente de contratación de la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria y la recogida y transporte de residuos en el municipio de Santa Cruz de Tenerife - Exped. 2015002995", por falta de interés legítimo para recurrir, en primer término, y por la extemporaneidad del recurso, al ser objeto del mismo los pliegos.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUiZEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.

**TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**

Pedro Gómez Jiménez.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
PEDRO EZEQUIEL GOMEZ JIMENEZ - TITULAR	Fecha: 09/01/2019 - 12:24:15
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
RESOLUCION - Nº: 2 / 2019 - Tomo: 1 - Libro: 531 - Fecha: 09/01/2019 12:46:33	Fecha: 09/01/2019 - 12:46:33
En la dirección https://sede.gobcan.es/sede/verifica_doc puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0MjmTRPv9jUjgFYPrUizEPbG9cdBmd0K	 
El presente documento ha sido descargado el 09/01/2019 - 12:47:23	