



Recurso nº 744/2016 C.A. de Castilla-La Mancha 42/2016

Resolución nº 795/2016

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

En Madrid, a 7 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a M.L.C.O. contra el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del procedimiento abierto de contratación de la gestión interesada del servicio público del punto limpio y grupo recuperador, convocado por el Ayuntamiento de Valdepeñas, por dos años prorrogables por otros dos, con un valor estimado de 245.855 €; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdepeñas el día 18 de julio de 2016 acordó el inicio de la licitación por procedimiento abierto y la aprobación de los pliegos para el contrato de concesión de gestión interesada del servicio de punto limpio y grupo recuperador de Valdepeñas.

Segundo. El anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Ciudad Real nº 146 de 29 de julio de 2016. En el referido anuncio quedó señalado que el plazo para la presentación de solicitudes concluía el 19 de agosto de 2016 hasta las 14:00 horas.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que, para los contratos de gestión de servicios públicos, contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en las normas de desarrollo de la Ley.

Cuarto. Según consta en el certificado emitido por la Secretaria accidental del registro general del Ayuntamiento, dentro del plazo anunciado se presentaron las siguientes empresas:

- RECUPERACIONES SELECTIVAS DE VALDEPEÑAS, S.L. y
- CESPAS, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A.

Quinto. El 5 de agosto de 2016 la recurrente dirige un escrito al Ayuntamiento solicitando la suspensión del procedimiento y la anulación de la cláusula administrativa 21-V por no ajustarse a Derecho en todo lo relativo a la obligación de subrogación del personal prestador del servicio impuesta por la referida cláusula.

Sexto. El recurso fue remitido a este Tribunal y ante la solicitud cursada de documentación adicional con fecha 25 de agosto, la Secretaria del Ayuntamiento ratificando la calificación del contrato como gestión de un servicio público de los definidos en el artículo 8 del TRLCSP en la modalidad de gestión interesada, especifica cuanto sigue: *“Conforme a lo expuesto, la licitación del citado contrato no fue objeto de publicidad comunitaria en el Diario Oficial de la Unión Europea; el correspondiente anuncio de licitación fue objeto de publicidad mediante inserción del anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia de Ciudad Real, de conformidad con el artículo 142.1 del TRLCSP, así como el expediente resultó publicado en la misma fecha en el Perfil del Contratante del Órgano de Contratación (www.valdepenas.es).*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, aprobado mediante Resolución de 22 de octubre de 2012 (BOE de 2 de noviembre de 2012).

Segundo. La recurrente muestra su interés en la impugnación de una cláusula del PCAP, en concreto, la que establece la subrogación del personal sin alegar un interés legítimo directo o difuso por lo que en primer lugar, se evidencian dudas razonables sobre su legitimación para recurrir, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP, tal y como lo muestra el propio informe del órgano de contratación remitido a este Tribunal.

Tercero. Se recurre una de las cláusulas del PCAP, en concreto la 21.A. 5, en relación con la obligación de subrogación del personal actualmente prestador del servicio y relacionado en el Anexo V del mismo, de un contrato calificado como gestión de un servicio público y frente al cual, el informe evacuado por el Ayuntamiento estima que no es susceptible de revisión por esta vía por no encajar en ninguna de las categorías contractuales enunciadas en el artículo 40 del TRLCSP, además de negar la legitimación de la recurrente, por lo que insta a este Tribunal a que declare la inadmisión de esta impugnación.

Por ello, antes de entrar a analizar el motivo de impugnación alegado por la recurrente, sobre la obligación de subrogación del personal, hemos de partir del examen de la verdadera calificación del contrato que nos ocupa para, a continuación, examinar si con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del contrato este Tribunal ostenta competencias para la revisión de los pliegos y, en su caso, para analizar si concurre alguna infracción del ordenamiento jurídico que pudiera determinar la nulidad de pleno derecho del acto que se impugna, esto es, los pliegos, de un contrato calificado como gestión del servicio público de punto limpio y grupo recuperador convocado por el Ayuntamiento de Valdepeñas.

Dispone el artículo 40 del TRLCSP que:

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

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

Al amparo de este precepto y tal y como apunta el informe evacuado por el órgano de contratación este Tribunal carecería de competencias para entrar en su enjuiciamiento, lo cual nos obliga, en primer término, al estudio de la verdadera naturaleza jurídica de la figura contractual en la que se han de vehicular las prestaciones relativas a la gestión del punto limpio y grupo recuperador.

Como ya hemos señalado, tanto el anuncio de licitación, como en el PCAP se configura el contrato como de *“gestión de servicio público..., mediante la modalidad de gestión interesada”*. No obstante lo anterior, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que, como hemos manifestado en otras resoluciones, el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 275 del TRLCSP prevé la gestión indirecta de los servicios públicos, para a continuación el artículo 277 definir las distintas modalidades de gestión indirecta, y así:

“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concerto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

En el expediente analizado se opta por la gestión indirecta del servicio público bajo la modalidad de gestión interesada, debiendo a renglón seguido detectar si realmente concurren los elementos de ésta, es decir, la traslación del riesgo de la explotación al contratista y la distribución entre ambas partes de los resultados de la explotación, esto es, el reparto proporcional de ganancias y cargas derivadas de la prestación del servicio. En definitiva, el Tribunal ha de enjuiciar si al amparo de los pliegos concurren dichos elementos configuradores para optar por la forma del contrato de gestión de servicios públicos, o en su caso, de no concurrir desentrañar la verdadera esencia de la relación contractual conducente a la definición de un contrato de servicios.

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

Como también se expuso en la citada resolución, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la gestión de servicios públicos la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume*

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

Partiendo de lo que acaba de exponerse y puesto que es la asunción de riesgo por parte del gestor del servicio público lo que caracteriza al contrato como de gestión de un servicio público, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

Del examen del PCAP y en concreto, del tenor literal de las siguientes cláusulas se infiere que la categoría contractual *nomen iuris* utilizada por el órgano de contratación se encuentra extra muros de la verdadera naturaleza intrínseca de un contrato de gestión de un servicio público. Y así:

- **Cláusula 8ª. Presupuesto del contrato.**

8.1. El valor estimado de los servicios contratados (IVA excluido), calculado conforme al artículo 88 del TRLCSP, teniendo en cuenta el plazo de duración del contrato (incluidas las posibles prórrogas) y modificaciones previstas asciende a la cantidad de 245.855,98 € y ello conforme al siguiente cuadro de financiación (...).

8.3. Precio del contrato.

El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación y deberá indicar como partida independiente el IVA. En el precio del contrato se considerarán incluidos los tributos, tasa y cánones de cualquier índole que sean de aplicación, así como todos los gastos (incluidos gastos generales y beneficio industrial) que se originen para el adjudicatario como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en los pliegos.

La retribución del contratista estará integrada por:

Una remuneración fija constituida por el precio del contrato conforme al párrafo precedente, a abonar por la Administración.

Una remuneración añadida variable en función de los resultados económicos de la explotación: los ingresos derivados de la gestión papel-cartón, así como de los residuos valorizables del punto limpio en los términos de la cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas.

Así, de todo lo expuesto se desprende que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento de Valdepeñas no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos de asimilarse al gestor de un servicio público se asimila a lo que en términos de la Directiva 2007/18 y la propia LCSP denomina prestador de servicios.

Si bien es cierto que el precio del contrato se descompone en dos sub-apartados –la remuneración fija y la añadida variable-, también lo es que la cifra fija representa el precio del contrato. El hecho de que se cobre una remuneración variable en función de los resultados de la explotación de los ingresos derivados de la gestión papel-cartón (cláusula 5ª del PPT) no resulta relevante para la propia viabilidad de un contrato de gestión de un servicio público y no supone, por sí mismo, que nos encontremos en presencia de un contrato de gestión de servicio público ya que, por una lado, como hemos señalado existe una retribución fija a favor del contratista que se abona por el Ayuntamiento y, por otro lado, y con carácter fundamental, porque la posibilidad de percibir una remuneración añadida variable no altera en modo alguno la apreciación de que, en el contrato que nos ocupa, no se produce, siquiera parcialmente, la traslación al contratista del riesgo derivado de la ejecución del contrato .

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio, y sin que en los

pliegos se hayan pactado las reglas de distribución proporcional de beneficios y cargas derivados de la mencionada explotación.

En relación a ello, debe traerse a colación la Resolución de este Tribunal nº 548/2015, de 12 de junio en la que señalábamos que:

“Por lo que se refiere a la caracterización del contrato, ya hemos tenido ocasión de razonar que sí que puede cuestionarse al impugnar la adjudicación, puesto que el tipo contractual de que se trate no puede quedar desnaturalizado por el hecho de no haberse impugnado los pliegos.

Hay que analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas para determinar cuál es la naturaleza jurídica real del contrato licitado. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que el objeto del contrato es la gestión del servicio público de recogida de residuos, limpieza urbana y gestión del Ecoparque, bajo la modalidad de concesión.

Ahora bien, tal y como viene reiterando este Tribunal en numerosas resoluciones, el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o de un parte significativa de los riesgos derivados de la explotación del servicio. Con base en dicha premisa, hemos abordado la diferenciación entre el contrato de servicios y la concesión de servicio público. Así, por ejemplo en la Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, tras indicar que la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación, señalábamos que en los términos en que se define la <<concesión de servicios>> en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación ... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará 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”.

Además, en la Resolución nº 141/2015, en relación con la asunción del riesgo por parte del prestador del servicio público, se citó 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 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”.*

En el supuesto que se somete en este recurso, es decir, el nombre dado al contrato como de gestión de un servicio público bajo la modalidad de gestión interesada, no hallamos en el contenido de los pliegos los elementos característicos de ésta al amparo del artículo 277 del TRLCSP, esto es, la existencia de la transmisión del riesgo al contratista, pues éste adquiere el derecho al cobro de una retribución fija señalada en la cláusula 8ª del PCAP y, por otro lado, no se ha fijado en los pliegos la distribución de beneficios y riesgos entre la Administración municipal y el contratista derivados de la explotación del servicio.

Así las cosas, en el presente contrato observamos que la remuneración del contratista se abona directamente por la Administración contratante, mediante pagos mensuales (cláusula 8.6 del PCAP), previéndose cláusula de revisión de precios (cláusula 8.5), sin que quepa advertir de las cláusulas del pliego que el riesgo derivado de la explotación del servicio sea asumido por el contratista. Por todo ello, debe entenderse que el contrato que nos ocupa es de servicios y no de gestión de un servicio público tal y como ha sido calificado, lo cual,

legítima la competencia de este Tribunal para su revisión, en contra de lo expresado en el informe evacuado por el órgano de contratación.

Cuarto. Calificado el contrato que nos ocupa como un contrato de servicios, que se encuentra comprendido dentro de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, en particular dentro de la categoría 16 CPV 90500000-2- servicios relacionados con la eliminación de desperdicios y residuos y cuyo valor estimado es superior a 209.000 €, debe concluirse que nos hallamos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible de enjuiciamiento por este Tribunal ex artículo 40.1, letra a) del TRLCSP.

Si bien es cierto que, se ha de proceder al estudio de la legitimación de la recurrente para impugnar los referidos pliegos, en concreto la cláusula que impone la subrogación del personal, cuando no acredita un interés legítimo directo o difuso, pues no aparece relacionada entre las licitadoras que han presentado ofertas ni en su escrito solicitando la anulación de la cláusula esgrime que interés representa y que pueda verse afectado por la resolución del recurso (artículo 42 del TRLCSP) lo cual podría conducir a este Tribunal a su inadmisión, tal y como previene el informe emitido por el órgano de contratación.

Empero la reconducción de la verdadera calificación del contrato, como contrato de servicios, exige el estudio del cumplimiento de las normas de *ius cogens* apreciables incluso de oficio por este Tribunal, cuales son las exigencias rituarías de un procedimiento de concurrencia competitiva basado en los principios de igualdad, no discriminación, publicidad y transparencia ex artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En efecto, al hallarnos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, la licitación debió haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de conformidad con el artículo 142.1 del TRLCSP y sin embargo, ello no ha tenido lugar, y así a requerimiento de este Tribunal, el órgano de contratación respondió que únicamente fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Ciudad Real.

Por consiguiente, se ha infringido lo dispuesto en el artículo 142.1 y la falta de publicación en el DOUE constituye un vicio de nulidad de pleno Derecho conforme al artículo 37.1, a) del

TRLCSP según el cual: *“Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 € serán nulos de pleno Derecho (...) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de la publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”.*

De esta guisa, la errónea calificación del contrato en el PCAP ha resultado determinante de que en el procedimiento de licitación se haya incurrido en un vicio de nulidad de pleno Derecho, no ya sólo conforme a la expresa previsión del citado artículo 37.1, a), sino asimismo atendiendo al supuesto contemplado en el artículo 62.1, e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹ al haberse prescindido de un trámite esencial en el procedimiento de contratación, cual es, la publicación en el DOUE, por lo que debe entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

De forma idéntica esta consecuencia ya fue expresada en la Resolución de este Tribunal nº 548/2015, de 12 de junio que citaba la anterior nº 394/2014, de 19 de mayo, en la que ya dijimos que: *“Sin embargo, habida cuenta de que la omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea no sólo vulnera lo dispuesto en el artículo 142.1 del TRLCSP y los artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE sino que, sobre todo, supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria (...) En efecto, la falta de publicación en el DOUE supone una vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia que consagra de modo expreso en su considerando segundo la Directiva que antes hemos mencionado.*

¹ Derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en vigor desde el 2 de octubre de 2016. Los motivos de nulidad de pleno Derecho se relacionan en el artículo 47 de la Ley 39/2015.

Constituye, por tanto, la publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento.

En tales términos, debe considerarse que la licitación se encuentra incurso en el supuesto de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1, e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso por remisión del artículo 32 a) del TRLCSP.

Tal supuesto contempla la nulidad de pleno Derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, dentro del cual reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo considera que deben incluirse los casos de omisión de trámites esenciales del procedimiento”.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de pleno Derecho del procedimiento cuya tramitación se ha iniciado mediante una convocatoria que adolece de un defecto esencial cual es la falta de la publicidad indispensable, debiendo en su caso, el órgano de contratación proceder a la redacción de los pliegos de acuerdo con la verdadera naturaleza jurídica del contrato y garantizando la publicidad analizada en el presente fundamento.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto contra el anuncio y los pliegos del procedimiento abierto para la contratación de la gestión del servicio público Punto Limpio y Centro Recuperador del Ayuntamiento de Valdepeñas, bajo la modalidad de gestión interesada, declarando la nulidad de pleno Derecho de todo el procedimiento de licitación pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta Resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.