

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de febrero de 2014.

**VISTO** el recurso formulado por Don J.O.G., en calidad de Concejal del Ayuntamiento de Pinto, adscrito al grupo Municipal del Partido Socialista Obrero Español del Ayuntamiento, contra el Acuerdo del Pleno, de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se adjudica el procedimiento abierto para contratación de la *“Gestión mediante concesión administrativa para la gestión de la limpieza de los espacios públicos, el servicio de recogida, transporte y tratamiento residuos domésticos y el mantenimiento y conservación de parques y zonas verdes en el término municipal de Pinto”*, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de 11 de septiembre de 2013, se aprobó el cambio de gestión del servicio, que se venía prestando por la empresa Municipal Aserpinto S.A. a sistema de gestión indirecta mediante concesión.

En sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de 18 de septiembre de

2013 se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) y el expediente para la adjudicación del contrato citado mediante tramitación ordinaria procedimiento abierto y pluralidad de criterios con una duración de 10 años con posibilidad de prórroga por otros 5 y valor estimado de 81.756.626,25 euros.

Con fecha 25 de septiembre de 2013 se publicó en el DOUE, el anuncio de la licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de gestión del servicio público referido, en el que no se indica el valor estimado del contrato. En el BOE de 27 de septiembre se publicó el citado anuncio de licitación en el que se indica que su tramitación será urgente, con un presupuesto base de licitación de 5.450.441,75 euros anuales, más el IVA correspondiente.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas concurren 4 licitadoras.

**Segundo.-** El PCAP define, en la cláusula 1, el objeto del contrato consistente en la concesión administrativa de la gestión del servicio público de limpieza de los espacios públicos, el servicio de recogida, transporte y tratamiento de residuos domésticos y mantenimiento y conservación de parques y zonas verdes en el término municipal de Pinto.

La cláusula 4 sobre Otorgamiento de la Concesión, dice: *“La explotación de los servicios se realizará mediante la modalidad de concesión de conformidad con el artículo 8 y 277 apartado a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, gestionando el empresario los servicios a su propio riesgo y ventura según lo establecido en el artículo 215 del cuerpo legal anteriormente citado.*

*Se establece como riesgo y ventura del contrato, asumido por el licitador que resulte adjudicatario del contrato, las variaciones respecto a las condiciones iniciales de la prestación, que se señalan a continuación:*

*Incremento de los metros lineales de calle hasta 5%.*

*Incremento/reducción anual de la producción total de residuos fracción resto hasta el 20% del volumen total de toneladas que se producen actualmente según se detalla en el Anteproyecto del Servicio.*

*Incremento/reducción anual de la producción total de envases ligeros hasta 20% del volumen de toneladas que se producen actualmente según se detalla en el Anteproyecto del Servicio.*

*Incremento/reducción de los metros de superficie de jardines hasta el 20% de la superficie que existe actualmente y que se detalla en el Anteproyecto del Servicio*

*Cambio de ubicación del punto de entrega de los residuos.*

*En caso de que las condiciones iniciales del Servicio se alteren por encima de los porcentajes anteriormente señalados, procederá la modificación del contrato en los términos fijados en el presente pliego de condiciones.*

*- El otorgamiento de la concesión se hará salvo “el derecho de propiedad” y sin perjuicio de terceros, tal y como viene establecido en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”.*

La cláusula 6 fija el presupuesto base de licitación en la cantidad de 5.450.441,75 euros más la cantidad de 759.820,11 euros en concepto del IVA, siendo el importe total anual de 6.210.261,86 euros *“Este precio supone el tipo máximo de licitación, que podrá ser objeto de baja por parte de los licitadores”*. Dispone que el valor estimado del contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre,(TRLCSP), asciende a 81.756.626,25 euros, excluido el IVA. A su vez la cláusula 7 dispone que el abono del servicio se realizará previa presentación de facturas electrónicas mensuales con la identificación de la Concejalía correspondiente y que para la tramitación de las facturas se emitirá los certificados de conformidad con el servicio prestado emitido por el responsable del contrato, teniendo en cuenta las posibles deducciones si del seguimiento de los indicadores de calidad del servicio, resulta que el estándar del servicio que se está prestando es inaceptable o crítico de acuerdo con los parámetros y controles establecidos en el PPT.

La cláusula 18 contiene la obligación de cumplimiento por el concesionario de obligaciones laborales legales vigentes y de subrogación del personal adscrito al servicio en los términos establecidos en el convenio colectivo de aplicación *“siguiendo las obligaciones y derechos recíprocas de la Corporación y del concesionario que se encuentran recogidas en los pliegos administrativo y técnico”, especificándose en el artículo 26 del PPT que “La empresa licitadora especificará la dimensión de la plantilla necesaria para prestar los servicios definidos en el presente Pliego, teniendo en cuenta el personal subrogado. Las empresas licitadoras deberán especificar en el proyecto de gestión del servicio una relación detallada de todo el personal asignado a cada uno de los servicios, especificando su categoría, remuneración, modalidad de contratación, turnos, jornadas y horarios, con los precios unitarios y totales por servicio”.*

Interesa destacar el contenido del artículo 39 en el que se establecen las Directrices de los indicadores de calidad del servicio para el adecuado seguimiento de la calidad de la prestación por el Ayuntamiento, según los indicadores de calidad previstos en el Anexo III y prevé *“Si de los indicadores de calidad resulta que el estándar del servicio que se está prestando es inaceptable o crítico de acuerdo con los parámetros señalados en el PPT, ello conllevará la correspondiente deducción de importes en la factura mensual de acuerdo al Anexo III”.*

**Tercero.-** Por el Ayuntamiento en Pleno en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2013, se constituyó la Mesa de contratación, para proceder a la apertura de la documentación técnica presentada y se acuerda por unanimidad que se remita la documentación a la Jefe de la Sección de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente para que emita el oportuno informe acerca de la valoración de la proposiciones técnicas presentadas.

El día 27 de noviembre de 2013 se emite el informe de valoración realizado por la citada técnica en el que analiza la documentación presentada por las

licitadoras y puntúa a Valoriza con 44,82 puntos, a la empresa Acciona 40,38 puntos, a Urbaser 43,87 puntos y a Cespa 43,78 puntos.

La Mesa se vuelve a reunir el día 29 de noviembre para dar cuenta de la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor y la Presidenta solicita que la vocal técnico D<sup>a</sup> P.M., que emitió el informe de valoración, exponga un resumen del mismo. Esta manifiesta entre otras consideraciones que *“una vez abiertos los sobres se puede deducir que algunas empresas han realizado sus ofertas con una proyección o enfoque no en relación al personal total actual de Aserpinto, sino bajo el enfoque de cuantificación de los servicios necesarios según sus estimaciones de optimización para la prestación adecuada del mismo”*.

Se refiere seguidamente a la obligación de subrogación del personal por el empresario entrante que *“cumpliendo la subrogación inicial está cumpliendo las exigencias legalmente previstas”*.

Conforme a lo anterior se da cuenta de la valoración y las puntuaciones otorgadas en la *“oferta técnica”*, resultando la siguientes: 44,82 puntos Valoriza, 40,38 Acciona: 43,78 Cespa y 43,78 Urbaser.

En el acta consta que toma la palabra el vocal concejal representante del PSOE, diciendo, que ante la duda de que las ofertas cumplan con las especificaciones técnicas del Pliego y teniendo en cuenta que en la valoración de las proposiciones se tienen en consideración criterios distintos al del precio, en virtud de lo establecido en el artículo 160.1 del TRLCSP, *“solicita antes de formular la propuesta de adjudicación que se emitan informes técnicos por parte de la Jefatura de Contratación y de la Jefatura de servicio de Recursos Humanos del Ayuntamiento”*.

A continuación y sometido el informe técnico a votación, los representantes del Partido Popular, el vocal asesor-jurídico y asesor técnico y la Interventora votan a favor, el representante del PSOE y el representante del MIA en contra.

Posteriormente se procede a la apertura del sobre con la proposición económica y en la oferta que presenta, Valoriza Servicios Medioambientales S.A. y Gestyona Obras y Proyectos S.L. ofrece el precio de *“Cinco millones quinientos ochenta y seis mil ciento treinta euros con cincuenta y cinco céntimos al año (5.586.130,55 euros)”* incluyendo su desglose.

La oferta de Acciona Medio Ambiente en compromiso de UTE con Acciona Servicios asciende a 4.904.852,53 euros, IVA excluido, Cespa Servicios auxiliares a 4.902.127,31 euros, IVA excluido y Urbaser S.A asciende 4.904.852,53 euros IVA excluido. Se otorga a todas las ofertas la máxima puntuación en el precio, 51 puntos. Valoriza obtiene una puntuación total de 95,82 puntos, Urbaser 94,87, Cespa 94,78 y Acciona 91,38 y por lo tanto se propone la adjudicación a Valoriza.

El día 16 de diciembre de 2013, el Ayuntamiento Pleno adoptó el acuerdo de adjudicar el contrato a la oferta presentada por las empresas en compromiso de constitución de UTE Valoriza Servicios Medioambientales S.A. y Gestiona Recursos y Proyectos S.L. *“por el precio de 5.586.130.55 euros”*, si bien se incluye el desglose que contenía la oferta en cada uno de los tres servicios indicando el importe correspondiente al IVA.

El día 30 de diciembre de 2013 se formalizó el contrato entre el Ayuntamiento y el representante de la UTE adjudicataria, al que se adjunta el acta de entrega y puesta a disposición de los medios adscritos a los servicios y la relación de personal que forma parte de la plantilla de trabajadores de Aserpinto, donde se manifiesta que de un total de 173 trabajadores del anexo del Anteproyecto de explotación serán definitivamente subrogadas 171 personas, ya que dos de ellas han ejercido su

derecho de retorno al Ayuntamiento. Figura adjunta la relación del personal en la que consta el sello y firma de la adjudicataria y de la empresa Aserpinto.

**Cuarto.-** El día 31 de diciembre de 2013 se presentó ante el órgano de contratación el recurso especial formulado por Don J.O.G., en calidad de Concejal del Ayuntamiento de Pinto, adscrito al grupo Municipal del Partido Socialista Obrero Español del citado Ayuntamiento, frente al Acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se adjudica el procedimiento abierto para la concesión administrativa de la gestión del contrato citado alegando lo siguiente:

1. Que la oferta seleccionada como más favorable presentada por la UTE Valoriza Servicios Medioambientales S.A. y Gestyona Recursos y Proyectos S.L. debe ser excluida del procedimiento por incumplir las formalidades establecidas en el PCAP y que el precio ofrecido está por encima del tipo máximo establecido, lo que debe conllevar la exclusión de dicha plica.

2. Sobre la valoración de los criterios de adjudicación alega con carácter general, que el informe técnico de valoración presenta una ambigüedad manifiesta en la determinación de las puntuaciones de cada empresa licitadora, haciendo que la elección entre una y otra no tenga un criterio objetivo claro y que si bien evalúa todos los puntos determinados por las plicas presentadas no realiza una evaluación basada en criterios objetivos entre ellas y seguidamente expone en relación a los distintos criterios de adjudicación y la valoración efectuada, las irregularidades que considera concurren.

3. En cuanto a la valoración de las mejoras alega que según el informe técnico la empresa que mayores mejoras propone y se detallan en dicho informe, es la mercantil Cespa y sin embargo no es valorada con la máxima puntuación, sino con algo menos 5,8 puntos, lo cual entiende que no está justificado de acuerdo a las mejoras propuestas.

Concluye que dadas las ajustadas puntuaciones entre las plicas evaluadas, 44,82 de Valoriza, 40,38 de Acciona, 43,87 de Urbaser y 43,78 de Cespa, pudiera ser que la apreciación de las anteriores manifestaciones supusiera un cambio significativo en las mismas, *“lo que provocaría sin lugar a dudas un cambio en la oferta más ventajosa para el Ayuntamiento, habida cuenta que las puntuaciones en cuanto a la baja económica es igual para todas las plicas”*.

4. Alega igualmente, en relación con la obligación de subrogación del personal y el contenido del informe técnico, y expone que en este informe se dice que todas las plicas han realizado las ofertas sin tener en cuenta el personal total actual de Aserpinto, que es el personal que la empresa adjudicataria tiene que subrogar, lo que provoca que todas las plicas presentadas especifiquen un personal inferior al que se va a subrogar, lo que significa de una forma determinante y clara que la empresa adjudicataria tendrá que ejecutar una reducción de personal de una forma muy conexas en el tiempo a la adjudicación definitiva del servicio licitado.

5. Asimismo alega incumplimiento de la cláusula 14ª del PCAP sobre la notificación y publicación en el Perfil del contratante del órgano de contratación de la adjudicación según lo establecido en los arts. 53 y 151.4 del TRLCSP considerando que no surte efectos la adjudicación hasta dicha publicación de acuerdo con las normas citadas. Entiende que la falta de publicación tiene una trascendencia vital para el procedimiento en cuestión, dado que de acuerdo con lo establecido en la cláusula 15ª del PCAP, el contrato se debería celebrar dentro de los quince días hábiles posteriores a la notificación del acuerdo de adjudicación y que de acuerdo a lo preceptuado por el TRLCSP la notificación no sólo tiene que hacerse a los licitadores.

Que la ausencia de publicación en el perfil del contratante impide la formalización del contrato con el adjudicatario, sin que el mismo pueda surtir ningún efecto jurídico a estos efectos. Reproduce el artículo 156.3 del TRLCSP sobre el

plazo para formalización de los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Manifiesta que la empresa Aserpinto y el adjudicatario han comunicado a los trabajadores la subrogación de sus servicios y el inicio de la prestación con efectos del día 1 de enero de 2014, y considera que no se ha podido celebrar el contrato, dado que se incumplen todos los extremos legalmente establecidos para dicha celebración, y por tanto no puede surtir ningún tipo de efecto jurídico, ni para con los trabajadores supuestamente subrogados ni para la prestación del servicio.

Alega la nulidad de pleno derecho que viene provocada por el cumplimiento de una de las circunstancias establecidas 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 (LRJ- PAC): *“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*. Al considerar que existe una vulneración de las reglas esenciales para la formalización de los contratos de prestación de servicios públicos, dicho contrato debe ser declarado nulo de pleno derecho, y por tanto no debe surtir ningún tipo de efecto jurídico.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del TRLCSP el compareciente solicita como medidas cautelares la suspensión de la adjudicación del contrato.

**Quinto.-** El día 30 de diciembre se presentó el anuncio de interposición del recurso especial. El recurso fue interpuesto ante el Ayuntamiento el día 31 de dicho mes y el órgano de contratación lo remitió al Tribunal junto con el expediente de contratación donde tuvo entrada el día 7 de enero de 2014. El Tribunal requirió al Ayuntamiento la presentación de documentación complementaria el día 13 de enero y reiteró esta solicitud el día 17 de dicho mes. Se recibió dicha documentación el día 23 de enero de 2014.

El órgano de contratación aportó informe sobre el recurso en el que explica que a través de este contrato lo que se ha llevado a efecto ha sido un cambio en el modelo de gestión de unos servicios de los considerados esenciales y obligatorios y que en todo municipio se han de prestar, según lo indicado en el art. 25.1) de la Ley 7/85 Reguladora de las Bases de Régimen Local.

1. Aduce falta de legitimación activa del Concejal recurrente por considerar que sólo se encuentra legitimado para interponer recursos de naturaleza contencioso-administrativa, por permitirlo así el art. 63.1 b) de la Ley 7/85 de bases de Régimen Local, pero no este recurso especial en materia de contratación cuya legitimidad se otorga en definitiva a las personas físicas o jurídicas que hayan decidido de alguna forma intervenir en el procedimiento de contratación, con la idea en un futuro e formalizar algún tipo de relación contractual con la administración, en el presente caso, con este Ayuntamiento. Añade que el Concejal podrá interponer recurso especial en la medida en que acredite un interés legítimo, no de forma privilegiada al amparo de su condición.

2. Señala la concurrencia de una segunda causa de inadmisibilidad ya que el contrato objeto del recurso, carece de presupuesto de gastos de primer establecimiento por lo que falta el requisito del artículo 40.c) para que el contrato sea objeto de recurso especial al disponer: *“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”*.

3. Manifiesta que el contrato fue adjudicado por el Ayuntamiento Pleno en fecha 16 de diciembre de 2013. La firma del contrato con la empresa adjudicataria tuvo lugar el día 30 de diciembre de 2013 y el escrito interponiendo el recurso tuvo su entrada en el Ayuntamiento el día 31 de diciembre, es decir el día posterior a la firma del contrato con la empresa y con anterioridad a la fecha de interposición del recurso.

4. Afirma que existe informe suficientemente motivado en el expediente donde se determina la valoración de las distintas ofertas ajustándose en todo caso a lo establecido en los pliegos de cláusulas técnicas y administrativas.

5. Asimismo indica que la subrogación del personal se ha producido en base a la relación del documento obrante que forma parte del expediente.

6. Por último, considera que cualquier actuación llevada cabo desde el departamento de contratación lo ha sido de acuerdo con la legislación vigente, siendo ajustado, y adoptados los acuerdos según el procedimiento y plazos establecidos.

**Sexto.-** Con fecha de 23 de enero el Tribunal concedió a los interesados en el procedimiento, el trámite para realizar alegaciones, previsto en el apartado 3 del artículo 46 del TRLCSP.

Dentro del plazo concedido ha presentado alegaciones Don P.P.S., en nombre y representación de la unión temporal de empresas, UTE Valoriza Servicios Medioambientales S.A. y Gestyona Recursos y Proyectos S.L. que aduce, la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa del Concejal recurrente. Alega igualmente la inadmisibilidad del recurso por falta de concurrencia de uno de los requisitos fijado en el artículo 40.1c) para que los contratos de gestión de servicios públicos sean susceptibles de recurso especial ya que reúne el primero de los requisitos, que el plazo de duración sea superior a 5 años y carece de otro relativo a que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros.

Por último alude a la indefinición de que ha de entenderse por “*gastos de primer establecimiento*”, citando la Resolución de este Tribunal nº 43/2012, donde se analiza el concepto y la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón, en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre.

Realiza también alegaciones sobre el fondo de las cuestiones controvertidas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Antes de entrar al estudio de las cuestiones de fondo que se plantean en el presente recurso, corresponde examinar la competencia del Tribunal para resolver.

El contrato objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, y así se define en la cláusula 1 del PCAP.

Según esta calificación el contrato sería susceptible de recurso especial si se cumplen los dos requisitos establecido en el artículo 40.1c) del TRLCSP: que dispone:

*“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”.*

El Ayuntamiento de Pinto en su informe sobre el recurso manifiesta que a través de este contrato lo que se ha llevado a efecto ha sido un cambio en el modelo de gestión de unos servicios de los considerados esenciales y obligatorios, de los establecidos en el artículo 25.1) de la Ley 7/85 Reguladora de las Bases de Régimen Local. Que los diferentes servicios se venían prestando desde hace

bastantes años a través de una empresa pública municipal, cuyo capital pertenece íntegramente al Ayuntamiento.

Añade que no hay ningún gasto excepcional de primer establecimiento y puesta en funcionamiento del servicio, sino una continuidad en el mismo, cuya forma de prestación ha cambiado a partir del día 1 de enero, pasando a ser de gestión directa a través de empresa pública municipal a gestión indirecta, contratando los servicios con una Unión Temporal de Empresas, mediante un contrato de carácter administrativo.

Consta en el PCAP, que el presupuesto base de licitación asciende 5.450.441,75 euros anuales, IVA excluido, y plazo de duración de diez años prorrogable por otros cinco, pero no se indica si el contrato lleva o no gastos de primer establecimiento.

En los contratos de gestión de servicios públicos, no es el valor estimado, sino el importe de los gastos de primer establecimiento el determinante, junto con el plazo, de la procedencia o no del recurso especial y en consecuencia, de la competencia de los órganos encargados de su resolución.

El concepto de gastos de primer establecimiento no está definido en el TRLCSP y este Tribunal en su Resolución 148/2013, de 2 de octubre, se plantea su concepto analizando la definición contenida en la normativa contable y lo dispuesto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en sus artículos 126.2.b) y 129, aunque estos preceptos contienen una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importante repercusión de la inclusión entre ellos de las inversiones. El Tribunal concluía que *“cuando la Ley establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control*

*eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban realizarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. Desde luego deben descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario.*

*Deben asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato, dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente”.*

Sentado lo anterior procede constatar si, en este caso, están previstos gastos de primer establecimiento considerando, según lo antes expuesto, como tales los gastos o inversiones necesarios para poner en funcionamiento el servicio. En el anteproyecto de explotación, el estudio de costes recogidos en el apartado 5, sobre costes de explotación, el apartado 5.1, entre los costes operativos del servicio incluye “*la amortización del inmovilizado y subvenciones de inmovilizado no financiero y otros*”, y seguidamente en el apartado 5.1.4 “*amortización de Inmovilizado*” recoge un total de amortización de 305.312,60 euros desglosado en los conceptos de recogida de residuos, limpieza viaria y mantenimiento de jardines.

Según los datos del anteproyecto corresponderían al concepto de gastos de primer establecimiento la amortización del inmovilizado ya que estos gastos deben asumirse por el adjudicatario y no corresponden a gastos de explotación futuros, ni a inversiones futuras del servicio. No obstante su importe no alcanza el umbral

previsto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, esto es, un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros.

Dado que los requisitos del artículo 40.1.c) del TRLCSP se exigen con carácter acumulativo en este caso no se cumple el relativo a los gastos de primer establecimiento, para que el contrato calificado de gestión de servicios públicos fuese susceptible de recuso especial en materia de contratación.

**Segundo.-** Sin embargo, es necesario analizar la calificación jurídica del contrato, para terminar de determinar la competencia de este Tribunal.

Es esencial para determinar el régimen jurídico del contrato su calificación, ya que si responde al concepto de contrato de concesión de servicios públicos, resulta su exclusión de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

El TRLCSP, en su artículo 13 delimita los contratos sujetos a regulación armonizada y considera como contratos sujetos a regulación armonizada y sometidos a las exigencias contenidas en esta Ley y en la Directiva, 2004/18 CEE, a los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, en todo caso, los contratos de obras, de concesión de obras públicas, los de suministro y los de servicios en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a la cuantías que se establecen en los artículos siguientes. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos no se encuentra, en ningún caso, sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Desde el punto de vista del recurso administrativo especial en materia de contratación esta distinción también es sustancial. Efectivamente aunque el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las

Directivas de contratos, el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados de resolver el recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo otros umbrales para su procedencia.

Por tanto la calificación de un contrato dentro de un tipo contractual u otro, desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, hace necesario analizar la calificación del contrato para determinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública. Así lo advierte en la recomendación 1/2011, de 6 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las Directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Debe partirse de que el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en transposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Así se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, (Rec-6657, apartado 31)”*.

Desde esta perspectiva, el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE define la concesión de servicios como: *“un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la*

*prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.*

La Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03 en su apartado 39 concreta que: *“existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate”.*

De esta forma no es el objeto del contrato, sino la forma fijada para retribuir al contratista, en cuanto determina la asunción del riesgo derivado de la explotación, la que diferencia el régimen jurídico de ambos tipos contractuales (servicios y gestión de servicios públicos).

El artículo 10 del TRLCSP define los contratos de servicios como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro y a efectos de aplicación de esta Ley se dividen en las categorías enumeradas en su Anexo II.

Por otra parte como dispone el artículo 8 del TRLCSP en el contrato de gestión de servicios públicos la prestación debe ser titularidad de una Administración Pública, de manera que no operará la concesión de servicios donde no exista una reserva al sector público; reserva que existe en este caso de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1.I, de la LRBRL.

Sentado lo anterior hay que concluir que para calificar un contrato como gestión de servicios públicos se exige además 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 se analiza en la STJUE 10 de marzo de

2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, cuando 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)”.

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) que afirma que: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio”. (Vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

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 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.

Debe tenerse en cuenta, a efectos interpretativos, también el contenido de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 15 de enero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional de carácter económico, (Considerandos 18 a 20) señalando que hay transferencia del mismo al concesionario *“cuando supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes”* y que recoge el artículo 5 donde además dispone que *“La parte de riesgo transferido 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”*.

Igualmente a efectos interpretativos debe considerarse la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privadas, de 11 de febrero de 2004, incorporada al SEC 95, actualizado en 2010 y a efecto de procedimiento de déficit excesivo en las Asociaciones público privadas distingue tres tipos de riesgo. En junio de 2012, la Comisión (Eurostat) creó un grupo de trabajo sobre las consecuencias de la

Directiva 2011/85/UE para la recopilación y difusión de datos presupuestarios y el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas, en su considerando 20 sobre la labor del grupo de trabajo constituido, dice que *“contribuiría al correcto análisis de las relaciones económicas subyacentes a los contratos de APP, como los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda según proceda (...)”*.

En el contrato que es objeto de estudio, analizados los anteriores extremos y a los solos efectos de determinar la competencia del Tribunal para resolver, como cuestión de orden público, es necesario verificar si concurre la existencia de riesgo esencial para su calificación como tal contrato de gestión de servicios públicos, riesgo que en este caso según el contenido de los Pliegos se concreta en primer lugar en asumir lo previsto en la cláusula 4 del PCAP en la que se limita el riesgo a las variaciones que se produzcan en el *“Incremento de los metros lineales de calle hasta 5%; el Incremento/reducción anual de la producción total de residuos fracción resto hasta el 20% del volumen total de toneladas que se producen actualmente según se detalla en el Anteproyecto del Servicio y .Incremento/reducción anual de la producción total de envases ligeros hasta 20% del volumen de toneladas que se producen actualmente según se detalla en el Anteproyecto del Servicio.*

*Incremento/reducción de los metros de superficie de jardines hasta el 20% de la superficie que existe actualmente y que se detalla en el Anteproyecto del Servicio. Cambio de ubicación del punto de entrega de los residuos”*. Y añade que si las condiciones iniciales del Servicio se alterasen por encima de los porcentajes anteriormente señalados, procederá la modificación del contrato.

A juicio de este Tribunal estas alteraciones previstas, que podrían alcanzar en su caso al 20% del volumen de toneladas o al 20% de la superficie actual a la que extiende el contrato, no tienen la entidad suficiente para considerar que se produzca la transmisión sustancial del riesgo.

Por lo tanto para considerar si estamos o no ante un verdadero contrato de gestión de servicios públicos, debemos centrarnos en el análisis del riesgo, en este caso de disponibilidad. El riesgo de disponibilidad responde a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad.

La cláusula 7 del PCAP establece la forma de abono del servicio mediante presentación de facturas mensuales previas certificados de conformidad con el servicio prestado, teniendo en cuenta las posibles deducciones si, del seguimiento de los indicadores de calidad del servicio, resulta que el estándar del servicio que se está prestando es inaceptable o crítico de acuerdo con los parámetros y controles establecidos en el PPT.

El artículo 39 del PPT dispone que si de los indicadores de calidad resulta que el estándar del servicio es calificado como inaceptable o crítico, de acuerdo con los parámetros establecidos, conllevará la correspondiente deducción de importes en la factura mensual en los términos que se regulan en el Anexo III del PPT.

Estos indicadores corresponden a las cuatro tipologías que se han reseñado en los antecedentes de hecho.

El indicador punto limpio relativo al mayor tiempo posible de servicio ofrecido al ciudadano toma como variable el número de horas previstas y el de horas reales de prestación certificadas y según resulten los indicadores con valor inaceptable o

crítico, los porcentajes de rebaja de la certificación podrán ser del 0,35 % o del 0,50%.

El indicador punto limpio relativo a asegurar la recepción de residuos generados por los usuarios, toma como variables el número de horas previstas de operación del punto limpio y el número de horas reales de operación certificadas por el concesionario y aplicando la fórmula de cálculo índice del mes y según el indicador, resulta que a la certificación se le aplicarán porcentajes de rebaja sobre el total de la base imponible de la certificación mensual, dependiendo del estado del indicador y si resulta con valor inaceptable 0,50 % y con valor crítico 0,65%.

El indicador de recogida de muebles, toma como variables, entre otras, el tiempo de respuesta desde que se solicita, la fecha de recogida real, número de peticiones, fecha de recogida, tiempo de resolución y los indicadores en este caso pueden determinar una rebaja de 0,20% o del 0,35% según se resulte valor inaceptable o crítico.

Sobre pintadas limpiadas en menos de 5 días, la variable es según el número de pintadas resueltas en más o en menos de 5 días y la posible rebaja será de un 0,35% o el 0,50 % según resulte valor inaceptable o crítico.

Siguiendo esta metodología resulta que en *reposición de plantas de temporada* aplica las variables de superficie atendida en una temporada y la superficie en zonas verdes con plantas de temporada y la reducción de la certificación según resulte el indicador puede ser del 0,20% o del 0,35 %.

En *limitación de pintadas* aplicando las variables pintadas grandes, pequeñas o medianas encontradas, la rebaja a aplicar podrá alcanzar el 0.35% o el 0,50%.

Sobre presencia de carteles considera el número de carteles y pegatinas, la longitud del itinerario y el número de muestras y del resultado de los indicadores puede suponer una rebaja de 0,20% o 0,35%.

Igualmente en los indicadores siguientes y según resulten valores inaceptables o críticos se prevé la aplicación de las rebajas siguientes:

Presencia de puntos negros 0,65%/0,80%.

Medios humanos y materiales 0,50%/0,65%.

Limpieza de aceras 0,65%/0,80%.

Limpieza de alcorques 0,50%/0,65%.

Vaciado de papeleras 0,50%/0,65%.

Limpieza de contenedores 0,35%/0,50%.

Mantenimiento de contenedores 0,35%/0,50%.

Limpieza de zonas verdes 0,65%/0,80%.

Mantenimiento zonas verdes 0,65%/0,80%.

Limpieza de fuentes 0,50%/0,65%.

Mantenimiento de jardinería y arbolado 0,65%/0,80%.

Resolución de punto negro rápida respuesta 0,35%/0,50%.

La suma de los porcentajes de los 19 indicadores en valor crítico supone una media del 11,25%.

Examinado lo anterior cabe concluir que las deducciones derivadas del seguimiento de los 19 indicadores de calidad previstos en los Pliegos pueden alcanzar un total del 11,25% de posible rebaja de la factura mensual, riesgo que este Tribunal considera que es inherente al riesgo de explotación, y que no reviste la entidad suficiente para considerar que en este contrato se produce la transmisión sustancial del riesgo necesaria para su calificación como contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión. El contratista asume el riesgo de rebaja de la cantidad que certifique mensualmente si no cumple los estándares de

calidad establecidos en el PPT lo que no puede considerarse una transmisión del riesgo, que excede del riesgo y ventura del contratista en los contratos administrativos establecido en el artículo 215 del TRLCSP. Por tanto como señaló este Tribunal en su Resolución 346/2013, de 4 de septiembre, dictada en un contrato semejante, debe ser considerada como una cláusula de calidad y no como un riesgo de explotación.

Además los pagos mensuales por la Administración a la adjudicataria, salvo dichas deducciones, se mantienen por lo que no existe aquí riesgo de insolvencia de los deudores ni de los precios por los servicios prestados, que como antes se indica son inherentes al principio de riesgo y ventura de cualquier contrato administrativo que sienta el artículo 215 del TRLCSP. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Por lo expuesto este Tribunal entiende que el contrato objeto del presente recurso no puede encuadrarse en la categoría de contratos de gestión de servicios públicos sino como contrato de servicios. En consecuencia, teniendo un valor estimado superior a 207.000 euros corresponde a este Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1 a) del TRLCSP.

**Tercero.-** Cabe aun examinar la incidencia que la formalización del contrato tiene en relación con la admisibilidad del presente recurso.

Como más arriba se ha expuesto, 30 de diciembre de 2013 se procedió a la formalización del contrato adjudicado el día 16 del mismo mes.

El artículo 156.3 del TRLCSP señala que en los contratos susceptibles de recurso especial conforme al artículo 40.1 la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la

adjudicación a los licitadores, coincidiendo con el plazo previsto para la interposición del recurso. Es por ello que en este caso el órgano de contratación, al no tener que esperar el indicado plazo por haber calificado el contrato como de gestión de servicios públicos y no alcanzar los umbrales previstos para el recurso especial, procedió congruentemente con el tipo de contrato a formalizar el mismo.

Este Tribunal ha señalado en anteriores Resoluciones, como la número 59/2012, de 20 de junio, o la 107/2012, de 20 de septiembre, que el recurso especial en materia de contratación tiene carácter precontractual, de manera que los actos susceptibles de tal recurso, son aquellos que se producen en las fases de preparación y adjudicación del contrato como se desprende de lo dispuesto en el artículo 47 del TRLCSP cuando señala que la resolución del recurso *“se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.”* siendo susceptibles los actos posteriores únicamente de la cuestión de nulidad regulada en los artículos 37 y siguientes del TRLCSP.

Por lo tanto en esta fase, en que el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato ya formalizado, este Tribunal entiende que carece de competencia para conocer del objeto del recurso, sin perjuicio del examen de la concurrencia de alguna de las causas de nulidad recogidas en el artículo 37, más concretamente de la recogida con el número 37.1.b) cuando no se hubiera respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 156.3 para formalizar el contrato, cuando concurren las circunstancias en él descritas. Sin embargo en este caso, como más arriba hemos descrito, la actuación del órgano de contratación fue acorde con la calificación que realizó en el expediente del contrato, sin que ni en su momento los pliegos en que el mismo se calificó de contrato de gestión de servicios públicos fueran impugnados, ni tampoco se hiciera valer tal

pretensión en el recurso actual. De esta forma no cabe apreciar la concurrencia de la causa de nulidad del artículo antes citado puesto que no concurre el presupuesto fundamental para ello y es que se trate del plazo del 156.3 previsto para los contratos sometidos a recurso especial, no siendo este el caso.

**En su virtud**, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Inadmitir el recurso especial interpuesto por Don J.O.G., en calidad de Concejal del Ayuntamiento de Pinto, adscrito al grupo Municipal del Partido Socialista Obrero Español del Ayuntamiento, contra el acuerdo del Pleno, de fecha 16 de diciembre de 2013 , por el que se adjudica el contrato “*Gestión mediante concesión administrativa para la gestión de la limpieza de los espacios públicos, el servicio de recogida, transporte y tratamiento residuos domésticos y el mantenimiento y conservación de parques y zonas verdes en el término municipal de Pinto*” por falta de competencia.

**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.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

**Voto particular que se emite por la vocal del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, María Juana Martínez Aníbal-Álvarez respecto de la Resolución 32/2014 , en el recurso especial número 8/2014**, interpuesto por Don J.O.G., en Concejal del Ayuntamiento de Pinto, contra el Acuerdo del Pleno, de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se adjudica el contrato “Gestión de servicios públicos mediante concesión administrativa para la gestión de la limpieza de los espacios públicos, el servicio de recogida, transporte y tratamiento residuos domésticos y el mantenimiento y conservación de parques y zonas verdes en el término municipal de Pinto”.

Respetando la Resolución adoptada por el Tribunal en este recurso, se formula el voto particular manifestando discrepancia respecto de la misma, por los fundamentos que se exponen y en cuanto a la competencia del Tribunal para resolver sobre el fondo del recuso y en relación con varios de los motivos de impugnación que se formulan en el mismo.

**Primero.-** El contrato fue calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicios públicos. El Tribunal analiza si el contrato cumple los requisitos del artículo 40.1.c) del TRLCSP, que se exigen con carácter acumulativo, para que el contrato calificado de gestión de servicios públicos sea susceptible de recurso especial en materia de contratación. En el Acuerdo adoptado se concluía que en este caso no reunía el requisito relativo a gastos de primer establecimiento en la cuantía establecida en este artículo. Dado que los requisitos del artículo 40.1.c) del

TRLCSP se exigen con carácter acumulativo, en este caso no se cumplía el relativo a los gastos de primer establecimiento, para que el contrato calificado de gestión de servicios públicos fuese susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Sin embargo, el Tribunal en el Fundamento de derecho segundo del Acuerdo considera que es necesario analizar la calificación jurídica del contrato, para determinar la competencia de este Tribunal por ser esencial para determinar el régimen jurídico del contrato su calificación, ya que si responde al concepto de contrato de concesión de servicios públicos, resulta su exclusión de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

En consecuencia, analiza la calificación jurídica del contrato, y continua razonando que es esencial la calificación de un contrato dentro de un tipo contractual u otro, desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, y para determinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública .

Analizado en el Acuerdo el contenido de los Pliegos y del Anteproyecto de explotación, para poder considerar si se trata de un verdadero contrato de gestión de servicios públicos, el Tribunal se centra en el estudio del riesgo y estima que las alteraciones previstas, en la clausula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas, el régimen de pagos y las deducciones en la factura mensual derivadas de la aplicación de los indicadores de calidad, no tienen la entidad suficiente para considerar que el riesgo que se asume por el contratista excede del riesgo y ventura de los contratos administrativos, que establece el artículo 251 del TRLCSP. Por ello entiende que el contrato debe encuadrarse como contrato de servicios y teniendo un valor estimado superior a 207.000 euros *“le corresponde al Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1 a) del*

*TRLCSP*”.

Se afirma que el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las Directivas de contratos, pero el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados de resolver el recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo otros umbrales para su procedencia.

Mantiene que la calificación de un contrato dentro de un tipo contractual u otro, desde la perspectiva de la posibilidad de interponer, contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, es importante.

En este caso el contrato se formalizó antes de haber transcurrido 15 días desde su adjudicación y el Tribunal considera que el órgano de contratación había procedido correctamente según la calificación que había otorgado al contrato y que al no tener previsto gastos de primer establecimiento actuaba de acuerdo con lo previsto en el artículo 156.3 en relación con el 40.1 del TRLCSP.

Concluye que el recurso especial tiene carácter precontractual y que en este caso se trata de un contrato ya formalizado por lo que al no observar que exista causa de nulidad de las previstas en el artículo 37 del TRLCSP, el Tribunal entiende que carece de competencia para conocer del objeto del recurso.

Sobre esta Resolución esta vocal manifiesta su discrepancia en defensa de la interpretación a favor de la competencia del Tribunal para conocer del fondo del recurso y que manifestó en su propuesta al haber sido designado ponente en este recurso por lo siguiente:

**Segundo.-** Se afirma en el Fundamento jurídico segundo del Acuerdo, la importancia de calificar correctamente el contrato para impedir que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública y que este tipo de contrato este sometido al control de los órganos encargados de resolver el recurso especial.

Considerando esta argumentación, resulta incongruente, que se decida recalificar el tipo de contrato objeto del recurso por apreciar que su tipología no corresponde a la de un contrato de gestión de servicios públicos sino que se trata de un contrato de servicios y en base a ello se declare la competencia del Tribunal, únicamente a efectos de determinar la competencia, para seguidamente admitir que el contrato aunque se ha calificado incorrectamente y la importancia que ello tiene, por haberse formalizado el contrato y no observar la concurrencia de causa de nulidad del artículo 37 del TRLCSP, que recoge los supuestos especiales de nulidad contractual, el Tribunal se declara incompetente para conocer del objeto del recurso.

Por esta vocal se advierte la importancia de este contrato, que tiene prevista una duración de diez años prorrogables por otros cinco, cuyo presupuesto estimado es de 81.756.626,25 euros, y que reviste especial trascendencia para los intereses económicos municipales. Es por ello relevante la calificación del contrato en una u otra tipología ya que el régimen jurídico de unos y otros es muy diferente y si se ha determinado que dicha calificación no corresponde a la naturaleza jurídica del contrato y por ello era incorrecta, la competencia del Tribunal no debe limitarse a declararse incompetente para resolver sobre el objeto del recurso por haberse formalizado el contrato.

Si la tramitación del expediente bajo un régimen jurídico que no es el que le corresponde, y la formalización se ha realizado sin respetar el plazo previsto en el artículo del 156.3 del TRLCSP, por aplicación al contrato de régimen erróneo que no es el que le corresponde realmente, el procedimiento debería considerarse nulo de pleno derecho a tenor del 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.(LRJ-PAC).

**Tercero.-** Sin embargo, la propuesta elevada al Pleno por esta vocal, que había sido designado ponente en este recurso, respetando el criterio del Tribunal en cuanto a que la calificación errónea del contrato y en consecuencia la tramitación seguida no debe determinar por sí misma la nulidad del procedimiento, entraba al estudio del fondo del recurso en base a varios de los motivos de impugnación que se alegan en el recurso que afectaban a la legalidad de la adjudicación y del contrato tanto si su calificación se consideraba como un contrato de gestión de servicios públicos, como si se trataba de un contrato de servicios.

Al haberse adoptado por el Tribunal el criterio de admitir la recalificación de estos contratos, y considerar que el órgano de contratación había respetado los tramites que correspondían a la calificación que se le había otorgado por el órgano de contratación como un contrato de gestión de servicios públicos, en la propuesta elevada al Pleno no se consideraba la existencia de supuesto especial de nulidad en base al artículo 37 del TRLCSP que no consideraba de aplicación ya que el contrato de gestión de servicios públicos no se encuentra sujeto a regulación armonizada y por ello tampoco se tenía en cuenta el hecho de no haber respetado el plazo de formalización del contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 156.3 al no considerarlo el órgano de contratación susceptible de recurso especial.

Al no entender de aplicación los supuestos especiales de nulidad contractual del artículo 37 del TRLCSP, por venir referidos a contratos sujetos a regulación armonizada y al tratarse de un contrato que no está sujeto a regulación armonizada, a *sensu* contrario, permitía acudir a las causas de nulidad previstas en el artículo 32 y 33 del TRLCSP y en concreto a las indicadas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC o bien de anulabilidad del artículo 63 de dicha Ley.

En consecuencia, con estas apreciaciones en la propuesta presentada al Pleno, se analizaba la legitimación del concejal recurrente para interponer acciones judiciales y si se extiende al ámbito administrativo, es decir, si se considera legitimado al concejal para recurrir en vía administrativa contra el Acuerdo de adjudicación adoptado por el Pleno, el 16 de diciembre de 2013. Se realizaba un estudio de la legitimación de concejales en base a la Jurisprudencia que se citaba y al propio criterio mantenido por este Tribunal y en este caso respecto del concejal recurrente que había votado en contra del Acuerdo de la Mesa de contratación del día 29 de noviembre por el que se daba cuenta y se aprobaba el informe de valoración de los criterios de evaluación subjetiva y se proponía la adjudicación, así como contra el Acuerdo de Pleno de 16 de diciembre que adjudica el contrato. Se concluía que se le consideraba legitimado para interponer el recurso especial en relación con los motivos de impugnación basados, en la consideración de que la oferta elegida no representaba la oferta más ventajosa económicamente por contener el informe de valoración las irregularidades que concretaba. El recurrente invocaba la relevancia de este contrato por su naturaleza, la cuantía y su larga duración y consideraba esencial clarificar si la adjudicación se había realizado a la oferta que resultase más ventajosa económicamente cumpliendo los requisitos legales y los requerimientos de los Pliegos para prestar el servicio satisfaciendo el interés público del Municipio y de los ciudadanos.

En conclusión, la propuesta apreciaba que el recurrente estaba legitimado para impugnar el Acuerdo del Pleno que adjudicaba el contrato, mediante el recurso especial en defensa de los intereses que representa, y sobre el que había manifestado su oposición tanto respecto de este Acuerdo, como respecto del contenido del informe de valoración y del Acuerdo de la Mesa de contratación que aprobó la valoración de las ofertas y que sirvió de base a la adjudicación. Ello siempre que del contenido de los Pliegos, la documentación que obra en el expediente, las actuaciones seguidas y lo alegado por las partes, el Tribunal pudiese considerar que se habían podido producir perjuicios al interés público del Municipio y a los intereses de los ciudadanos.

Aplicando a este caso lo anterior, resultaba que de los cuatro motivos de impugnación hechos valer por el Concejal, se le consideraba legitimado para impugnar la valoración técnica de las ofertas, por cuanto si la selección de la oferta no se había realizado en base a criterios objetivos no determinaba que la oferta de la adjudicataria fuese la oferta más ventajosa económicamente lo que afecta a los intereses económicos del Municipio y por ello estaba legitimado para impugnar el Acuerdo de adjudicación.

En la propuesta elevada al Pleno del Tribunal se realizaba un examen detenido de cada motivo de impugnación concreto, que se formulaba sobre la valoración de los criterios de adjudicación, y en concreto el relativo a la oferta técnica y de sus subcriterios, así como sobre el criterio precio y las mejoras y se observaba que:

1. Sobre el subcriterio *“Maquinaria y medios materiales propuestos, hasta 15 puntos”* se decía:

Según las observaciones, contenidas en el informe técnico, sobre la obligación de sustitución de camiones de recogida de basura y de limpieza el informe decía: *“La propuesta de Valoriza es con mucha diferencia la que recoge un plan de inversión más escaso, en particular en lo relativo a inversión en maquinaria para prestar el servicio de limpieza viaria y recogida. Adicionalmente se encuentran contradicciones en los datos de maquinaria en zonas verdes. (...) y añadía: “La falta de previsión de Valoriza necesariamente debe ser penalizada en la Valoración”.*

A juicio de este vocal ponente no resultaba justificado que se otorgase puntuación en este subcriterio a dicha empresa, que resultó adjudicataria. Ni por otra parte resultaba justificado que se otorgasen 2,6 puntos a la empresa Cespa si, como dice el informe, *“cumple a la perfección las exigencias del Pliego en este punto”* (página 16 de informe) y no se le otorgasen los 3 puntos.

Se observaba que si el PPT establece la obligación de sustitución de camiones de recogida de basura y de limpieza, cuya vida útil estaba previsto que se agotaría en el plazo señalado, no cabía considerar esta obligación como criterio de adjudicación valorable, sino como una condición impuesta al adjudicatario y que los licitadores deben considerar en su oferta. El incumplimiento de condiciones necesarias establecidas en el PPT determina que la oferta debe ser rechazada y no procede su valoración. Concluyendo que respecto de lo alegado se observaba que no resulta justificada la puntuación otorgada en este apartado del subcriterio a las ofertas presentadas por lo que cabía la admisión de este motivo de impugnación.

En este sentido, se citaba la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T4/01, Renco SpA, contra el Consejo de la Unión Europea, sobre criterios de adjudicación en su apartado 68 y respecto del criterio *“conformidad de la oferta”* dice: *“Dado que el criterio relativo a la conformidad de la oferta es absoluto, se debe rechazar una oferta cuando no se ajusta al Pliego”*.

2. Con respecto a la Justificación del subcriterio *“Medios humanos ofertados, 9 puntos”*. A su vez este se desglosa en tres apartados:

a) El apartado referido a *“Justificación de los equipos propuestos, en base a rendimientos, tareas (...)”* máximo 4 puntos.

En el recurso se alega la falta de objetividad del informe. Sobre esta alegación y visto el contenido de los Pliegos y el informe de valoración se observaba que no resulta justificada la puntuación otorgada ya que si existe la confusión que se reconoce en el informe de valoración sobre los datos *“de las ofertas que dificulta su comprensión”*, no se entiende justificada la valoración que se motiva basándose en que se supe la ausencia de datos sobre los medios humanos remitiendo al cumplimiento genérico del Convenio colectivo, los Pliegos y la legislación. La aportación de esos datos viene exigida en el PPT como condición por lo que existe

incumplimiento de los Pliegos que comportaría la exclusión de las ofertas, ya que esta ausencia de datos afecta al precio ofrecido en relación con los medios humanos que se adscriben a las prestaciones objeto del contrato. Por ello se consideraba que cabía admitir este motivo de impugnación.

b) Respecto del apartado: “*Optimización de sistemas de trabajo propuestos en base a rendimientos, tareas, cantidad de de trabajo, horarios, retribuciones, rutas o áreas de operación*”, alega el recurrente que solo se justifica la valoración de la empresa Valoriza. Sobre esta alegación y visto el contenido de los Pliegos y el informe de valoración se observa que no resulta justificada la puntuación otorgada y cabe además reiterar lo manifestado respecto del criterio anterior ya que si no se justifica en las ofertas la dimensión de los equipos propuestos o la adaptabilidad de los equipos humanos a la ejecución de los trabajos, no cabe considerar su valoración como criterio de adjudicación, ya que esta ausencia de datos afecta al precio ofrecido en relación con los medios humanos que se adscriben a las prestaciones objeto del contrato.

Por otra parte, como alega el recurrente, solamente se justificaba la puntuación otorgada a la oferta de la adjudicataria, en el apartado de optimización de sistema de trabajo, sin que se mencione la motivación de la puntuación otorgada en este apartado a las otras ofertas.

Además, se apreciaba que la valoración que se efectúa por compensación del defecto de inversiones con la mayor dotación de personal, no resulta acorde con lo establecido en el Pliego, ni responde a la finalidad de los criterios de adjudicación que establece el TRLCSP ya que cada criterio o subcriterio corresponde a un aspecto a valorar y además se contradice esta justificación con el contenido del informe en relación con el subcriterio “*Plan de Inversión: metodología y tecnificación*”, donde observa, respecto de todas las ofertas, que el personal indirecto no se encuentra debidamente fundamentado y que las jornadas,

categorías, antigüedad y derechos económicos no siempre están claros en las propuestas.

En conclusión, y sobre el criterio de adjudicación relativo a la oferta técnica y los subcriterios analizados, se consideraba que procedía admitir los motivos de impugnación ya que no resultaba justificada la valoración de estos subcriterios y de sus apartados, en base a los motivos que se exponen en el informe de valoración que excedía de la discrecionalidad técnica y aplicaba consideraciones subjetivas que vulneraban los principios de transparencia y no discriminación e igualdad de trato que rigen la contratación del sector público así como la finalidad de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación y la selección de la oferta más ventajosa económicamente como dispone el artículo 1 del TRLCSP, por ello cabía admitir este motivo de impugnación.

3. En cuanto a las mejoras en este caso el Pliego citaba elementos sobre los que podían presentarse mejoras pero no establecía su ponderación ni concretaba cómo debía valorarse cada una, por lo que infringía lo requerido en el artículo 147 TRLCSP y, por otra parte, la motivación de la valoración otorgada carecía de justificación ya que se basa en estimar que algunas mejoras eran de menos calado, resultando un criterio arbitrario.

Se observaba la escasa diferencia en la puntuación obtenida por las empresas lo que hacía que la valoración de las mejoras afectase de forma decisiva a la adjudicación, si además se tiene en cuenta que a todas las empresas se les otorgó la misma puntuación en el precio y que la existencia de las irregularidades reflejadas en la valoración de los otros criterios de adjudicación permitía concluir que no resultaba justificado que la oferta de la adjudicataria resultase la más ventajosa económicamente.

Por ello se consideraba que no se puede declarar la nulidad de alguno de los criterios de adjudicación y mantener los restantes, pues la declaración de nulidad de

alguno de ellos y de las mejoras, implica que la oferta que se está valorando no se ha hecho teniendo en cuenta la ponderación real que todos ellos iban a tener en el resultado del procedimiento, lo que implicaba la anulación de la adjudicación.

4. En cuanto al criterio precio el PPT asignaba un máximo de 51 puntos al precio y disponía que *“las ofertas con bajas superiores al 10%”* se valorarían con el máximo de puntuación y la puntuación de las restantes ofertas se obtendría mediante la interpolación lineal atendiendo a la siguiente fórmula  $V_i=51 \cdot b_i/10$ .

La aplicación de este criterio originaba que las licitadoras conocían de antemano que si el precio ofertado presentaba una baja superior al 10% del presupuesto de licitación, obtendría 51 puntos y por ello todas las empresas licitadoras presentaron ofertas que, con una mínima diferencia, superaban el 10% citado, y dos de las empresas ofrecían idéntico precio. En consecuencia todas obtuvieron la puntuación máxima sin que fuera necesario acudir a la fórmula prevista.

En la propuesta se manifestaba que la elección de los criterios de adjudicación debe tener por objeto identificar la oferta más ventajosa económicamente y que el criterio precio establecido en el Pliego no conducía a conseguir este objeto. Igualmente se invocaba el Informe de Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 4/1997, de 6 de mayo, sobre los aspectos legales del criterio precio donde consideraba: *“debiéndose aplicar los criterios con toda objetividad, careciendo de sentido no valorar para el criterio precio las mejores bajas al introducir coeficientes correctores en función de las distintas ofertas económicas habidas”*.

Igualmente, y en el mismo sentido se citaba el informe de dicha Junta Consultiva 1/2000, de 8 de febrero, sobre ponderación del criterio precio y se concluía que la valoración del criterio precio debe dar como *“resultado una*

*puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior”.*

El criterio precio en este caso no se valoraba de forma que se puntuase mas al precio más bajo y de la forma de valoración establecida en el Pliego resulta que la puntuación del precio resultaba predeterminada y que la adjudicación quedaba al arbitrio de la puntuación que se otorgase a los criterios de valoración subjetiva y a las mejoras en donde además se producían irregularidades y se incurría en discrecionalidad excesiva.

A la vista de expuesto, se concluía que la valoración efectuada en el informe técnico en cuanto los criterios de adjudicación citados y las mejoras carecían de la motivación y objetividad debida y, en consecuencia, procedía la anulación de la adjudicación basada en esta valoración. E igualmente observadas las infracciones de los Pliegos respecto del criterio precio y las mejoras y en base a los fundamentos jurídicos expuestos procedía anular todo el procedimiento de licitación, que habría de reanudarse desde su acuerdo inicial, en el supuesto de que siguiese existiendo el motivo o causa para el inicio de un nuevo expediente de contratación y que en su caso, en el nuevo Pliego se debían incluir los criterios de adjudicación objetivos, y en su caso los subcriterios con la debida ponderación y determinando los supuestos en que procedían las mejoras valorables, los elementos sobre los que pueden recaer, la ponderación, la manera de acreditarlas y la forma de valoración. Y en consecuencia se proponía la estimación parcial del recurso en cuanto, los motivos de impugnación para los que se consideraba legitimado al recurrente y resultaban admitidos según lo antes expuesto.

**Cuarto.-** En defensa de la interpretación a favor de la competencia del Tribunal para resolver sobre el fondo del recurso se basa en la defensa de la eficacia que se persigue en la resolución del recurso especial. La consideración de incompetencia del Tribunal para resolver sobre el fondo de un recurso, en el que no obstante se considera en su fundamento jurídico segundo, *“Sin embargo, es necesario analizar*

*la calificación del contrato para determinar la competencia de este Tribunal” resulta incongruente y la limita en estos contratos a verificar si concurren los supuestos especiales de nulidad del artículo de 37 del TRLCSP.*

Sobre ello, además, hay que tener en cuenta que el artículo 37 del TRLCSP es de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada y el contrato de gestión de servicios públicos no lo está, lo que permite interpretar que en estos casos procede invocar los supuestos de nulidad o anulabilidad de derecho administrativo de los artículos 32 y 33 del TRLCSP y aun cuando hubiese sido formalizado el contrato admitir la posibilidad de que dadas la infracciones detectadas se considerase la nulidad del contrato.

Es frecuente que en los contratos de gestión de servicios públicos se interponga el recurso especial después de haberse formalizado el contrato y aunque se admita que la calificación ha sido errónea, no se modifica su régimen jurídico y, sin embargo, se acude al artículo 37 para considerar si concurren los supuestos especiales de nulidad establecidos en él, cuando no es de aplicación a estos contratos y por ello los requisitos de los apartados a) y b) no serían exigibles en estos contratos. Por ello, la interpretación del Tribunal en este recurso es que por haberse formalizado el contrato y no observar que incurra en algún supuesto especial de nulidad contractual del artículo 37 del TRLCSP, no se considera competente el Tribunal para resolver sobre el fondo.

El criterio mantenido en la propuesta formulada ante el Pleno del Tribunal por esta ponente y en base a los fundamentos expuestos mantenía el criterio de considerar competente al Tribunal para resolver sobre el objeto del recurso y previo el análisis realizado, como antes se ha expuesto, concluía que la valoración efectuada en el informe técnico en cuanto a determinados criterios de adjudicación y subcriterios y las mejoras carecían de la motivación y objetividad debida y, en consecuencia, procedía la anulación de la adjudicación basada en esta valoración. Igualmente por las infracciones observadas en los Pliegos respecto del criterio

precio y las mejoras y en base a los fundamentos jurídicos que se exponían procedía anular todo el procedimiento de licitación.

Este es el criterio que manifiesto sobre el recurso interpuesto en cuanto a la impugnación del acuerdo de adjudicación y la valoración de los criterios de adjudicación del expediente de contratación citado, en cuanto a la competencia del Tribunal para resolver sobre el fondo del asunto, respetando criterio mejor fundado y el pronunciamiento del Tribunal.