



**Recursos nº 290/2014 C.A. Extremadura 011/2013**

**Resolución nº 366/2014**

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A.V.P., en su condición de Concejal del Grupo Municipal Mixto Izquierda Unida-Siex en el Ayuntamiento de Mérida, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mérida, de 14 de marzo de 2014, por el que se adjudica el contrato de gestión del servicio público de recogida de basuras, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes en el término municipal de Mérida, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** En el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz de 23 de octubre de 2014 fue publicada la licitación para la contratación de la gestión del servicio público de recogida de basuras, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes en el término municipal de Mérida.

En el expediente de contratación remitido al Tribunal resulta un documento de 9 de abril de 2014 que aparenta ser una copia del perfil del contratista del Ayuntamiento de Mérida (<http://www.merida.es/contratante-proyectos/207-basura-limpieza-jardines.html>), en el que se indica los actos del procedimiento administrativo objeto de este recurso junto a una fecha.

**Segundo.** El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público; y, en lo que no resulta contrario a la Ley y al Reglamento, se aplicará el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado

por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Asimismo, será de aplicación la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, de 2 de abril, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y las demás disposiciones estatales, autonómicas y locales sobre la materia objeto de este procedimiento y el contrato cuya celebración se pretende.

**Tercero.** En el anuncio de la licitación del contrato objeto de este recurso, publicado en el BOP de Badajoz el 23 de octubre de 2013 se contenía la siguiente indicación:

*“7. Obtención de documentación e información:*

- a. Entidad: Sección de Contrataciones.*
- b. Domicilio: Plaza de España, nº 1 – 3ª planta edificio Oliart.*
- c. Localidad y código postal: Mérida-06800.*
- d. Teléfono: 924 38 01 06.*
- e. Telefax: 924 31 22 01*
- f. Perfil del contratante: <http://merida.es/>”*

De conformidad con el certificado de la Concejala Secretaria, de 19 de marzo de 2014, en la reunión del día 14 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mérida se acordó la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos que da lugar a este recurso a la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.

**Cuarto.** Interpuesto el recurso ante el órgano de contratación, el día 8 de abril de 2014, al ser el acto recurrido el acuerdo de adjudicación del contrato se produjo la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP de manera automática.

Con fecha de 25 de abril de 2014 este Tribunal dictó resolución acordando levantar la suspensión del expediente de contratación.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal con fecha 22 de abril de 2014 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que pudieran realizar las alegaciones que

tuvieran por conveniente respecto del recurso, no habiendo evacuado este trámite ninguno de ellos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 41.4, del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito el 16 de julio de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE de 9 de agosto de 2012).

**Segundo.** La impugnación del acto de adjudicación, de acuerdo con el artículo 40.2.c) del TRLCSP, sólo será susceptible del recurso especial en materia de contratación si se refiere a alguno de los contratos contemplados en el artículo 40.1 del TRLCSP.

El órgano de contratación en su informe considera que siendo el objeto de contrato que se pretende celebrar la gestión de servicios público y no superando los gastos de primer establecimiento el importe de 500.000 euros, no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con el artículo 40.1.c) del TRLCSP, cabe el recurso especial en materia de contratación en relación a los actos dictados en relación a los *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.*

De acuerdo con el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares el Ayuntamiento de Mérida prevé celebrar un contrato de gestión de servicios públicos de los previstos en el artículo 8 del TRLCSP. No obstante, la calificación que del contrato hace el órgano de contratación en los Pliegos no vincula al Tribunal, tal y como se ha reconocido en la doctrina del Tribunal, entre otras, la Resoluciones 215/2014, 149/2014, 222/2013, 265/2012, 154/2011.

Como recuerda la jurisprudencia de manera constante, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000-y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010-, STS, Sala III, de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-), o, en palabras del Informe del Tribunal de Cuentas nº 620, de 27 de enero de 2004 (pág. 29), *“la naturaleza de un contrato no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la calificación que le haya dado el órgano de contratación, sino en consideración a su verdadero objeto y finalidad.”*

La importancia de la calificación del contrato resulta determinante del régimen jurídico del mismo, tanto en cuanto al procedimiento de preparación y adjudicación como en su ejecución, así como, en el sistema de recursos que resulta aplicable. Así, de ser un contrato mixto de gestión de servicios públicos en el que el importe de gastos de primer establecimiento no superara los 500.000 euros el recurso no sería admisible. Por el contrario, si se tratara de un contrato mixto de servicios, incluidos en las categorías 1 y 16, cuya cuantía lo sujetaría al régimen de contratos sujetos a regulación armonizada, el recurso especial en materia de contratación debería admitirse.

La posibilidad de que la prestación de los servicios de limpieza viaria y recogida de basura, a los que se añadirían los servicios de mantenimiento de zonas verdes del municipio de Mérida, puedan configurarse como un contrato de gestión de servicios públicos ha sido reconocida, entre otras, por la Resolución 149/ 2014 de 21 de febrero, en la que se resuelven los Recursos nº 044 y 045/2014 C.A. Castilla-La Mancha 004 y 005/2014. Esta Resolución fija una doctrina de interés para la resolución del caso que ahora interesa y por ello conviene reproducir. Así: *“(...) Decíamos en nuestra resolución 346/2013 que la Ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite separar nítidamente ambos conceptos en algunos casos. Tampoco la Directiva 18/2004CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio, tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las*

*autoridades judiciales europeas. En nuestro país contamos con experiencia en la caracterización de las concesiones administrativas e incluso la Administración española ha sido receptiva a la evolución del derecho comunitario al deslindar el contrato de servicios de la concesión de servicios públicos. La cuestión es trascendente porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señaló que “cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo, a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley.*

*Este Tribunal ha venido tomando como referencia este informe de la JCCA, por ejemplo, en la resolución número 204/2013, en la 80/2013, o en otras como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, para señalar que "Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a*

explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anteriores es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura....”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación

por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio". Este criterio ha sido mantenido también en informes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09.

En el mismo sentido, y en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que "El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios". Parece patente que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre la que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. Este criterio es notoriamente compartido tanto por las recurrentes como por el órgano de contratación, por lo que nos sirve de premisa para valorar los pliegos ahora recurridos. Del mismo modo que acontecía en los recursos 370 y 371, en el caso que ahora nos ocupa, el elemento central que nos permite determinar si se ha producido la transmisión del riesgo no puede ser la modalidad de explotación de la obra construida, pues ésta no existe, ni tampoco el riesgo derivado de la recuperación de los costes de la inversión realizada, pues no hay inversión alguna que recuperar. Por ello, el elemento central al que cabe acudir

*para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.*

*En nuestra resolución 346/2013 declarábamos que en los pliegos anulados por este Tribunal se establecía una contraprestación fija para el adjudicatario que se percibiría mediante abonos a buena cuenta, y que la única posible variación de la retribución dependería de la calidad con la que se prestase, lo que no podía considerarse como una asunción voluntaria de los riesgos derivados del contrato.”*

En la Resolución 215/2014, 14 de marzo, Recurso 114/2014, CA Galicia 11/2014, recogimos la jurisprudencia comunitaria acerca del riesgo que asume el contratista en el contrato de gestión de servicios públicos, señalando: *“En el esquema del legislador comunitario, la concesión de servicios públicos es un contrato de servicios en el que la retribución del contratista tiene lugar, en todo o en parte, mediante la explotación del servicio (cfr.: Informe 32/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa); ello, a su vez, lleva consigo, como elemento esencial del contrato, la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (cfr.: SSTJCE de 27 de octubre de 2005 -asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 -asunto C-382/05-, 10 de septiembre de 2009 -asunto C-206/08-). Por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “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”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: STJCE 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09).*



**B.-**Como no podía ser de otro modo, el legislador español se ha hecho eco de tales postulados, y así, por un lado, el artículo 277 a) TRLCSP identifica la concesión de servicios públicos como la modalidad de contratación de la gestión de servicios públicos en la que el empresario gestiona éstos “a su propio riesgo y ventura” y, por otro, el artículo 281.1 TRLCSP establece que la retribución del contratista incluirá “para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Con base en ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha enfatizado la asunción del riesgo por el concesionario como elemento definitorio de la concesión de servicios públicos (cfr.: Informes 4/2008 y 65/2008), bien entendido que ello no significa que la retribución haya de provenir necesariamente de los usuarios, sino que ésta debe depender del rendimiento de la explotación, de manera que el resultado de la gestión entrañe un grado de incertidumbre que no permita garantizar, de antemano, los ingresos del concesionario (cfr.: Informe 22/2009). De esta suerte, si la retribución se establece de un modo cierto e independiente del grado de utilización del servicio por parte de los usuarios, no estaremos en presencia de una verdadera concesión de servicios públicos (cfr.: Informe 12/2010).

Esta doctrina, que hace de la asunción del riesgo de explotación el criterio identificador de la concesión de servicios públicos, ha sido acogida igualmente por este Tribunal, que, en su Resolución 80/2013, contrapuso la esencia de la concesión y del contrato de servicios, señalando que:

“La gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista, por así decirlo, actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.”



De acuerdo con la doctrina expuesta para dar una respuesta al análisis de la naturaleza del contrato resulta necesario analizar los Pliegos que definen la prestación.

En cuanto al derecho a la explotación, característico del contrato de gestión de servicios público, a cambio de una remuneración, los Pliegos señalan:

1. En el artículo 25 del PCAP, en relación a la retribución del contratista dispone: *“El abono del precio del contrato se hará a mes vencido, en doce mensualidades, mediante la presentación de las correspondientes facturas por parte del adjudicatario.”*
2. El artículo 35 del PCAP, al regular las obligaciones del Ayuntamiento establece: *“(…) 2.- Abonar la cuantía fijada en concepto de pago del servicio, tal como se detalla en el presente Pliego”.*
3. El número 15.6 del PPT, al regular el presupuesto general del contrato, tras referirse a los diferentes componentes del precio anual que darán lugar al coste de ejecución material prevé la aplicación de un porcentaje para gastos generales y beneficio industrial. Así: *“Sobre los costes de ejecución material se aplicarán los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial (13 % total) y sobre este total, aplicando el impuesto sobre el valor añadido se obtendrá el precio final anual del contrato. (...)”*
4. El artículo 27 del PCAP y el número 16 del PPT prevén un sistema de revisión de precios anual con referencia al 85% del IPC.
5. El artículo 26 del PCAP prevé que el coste del servicio, *“permanecerá constante siempre que no se modifique la infraestructura de forma sustancial, con actuaciones de cualquier tipo que incidan de manera importante.*

*El régimen económico del presente contrato deberá mantener las condiciones de equilibrio económico-financiero en los términos considerados para su adjudicación teniendo en cuenta el interés general y el del concesionario, de conformidad con lo previsto en la presente cláusula.*



*El Ayuntamiento deberá restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos, fuera de los cuales no cabrá indemnización alguna para el contratista, quien asume la prestación del riesgo y la ventura:*

- a) *Cuanto el Ayuntamiento modifique, por razones de interés público motivadas por necesidades nuevas o imprevistas debidamente justificadas en el expediente, las condiciones de explotación establecidas en el presente Pliego o en el Pliego de Condiciones Administrativas.*
  - b) *Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la económica del contrato. A estos efectos, se entenderán por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público”.*
6. El artículo 21.3 del PCAP dispone que: *“Tendrán la consideración de muy graves las siguientes infracciones: (...) e) la percepción por parte del concesionario de cualquier remuneración, canon o merced por la prestación de los servicios contratados con el Ayuntamiento”.*
7. El artículo 9 del PCAP, al regular las causas de extinción del contrato: *“(...) En el caso de que la actividad económica resulte insostenible por parte del adjudicatario y así fuera apreciada por el órgano de contratación, el contrato podrá extinguirse previo acuerdo de ambas partes y sin que se deriven perjuicios para ninguna de ellas”.*
8. El artículo 33 del PCAP al regular los derechos del adjudicatario prevé: (...)
- d) *Recibir mensualmente la cuantía fijada en concepto de pago del servicio, tal como se detalla en el presente Pliego.*
  - e) *Recibir los intereses de demora que legalmente le correspondan por las cantidades que adeudase el Ayuntamiento.*



- f) *El adjudicatario tendrá derecho al final del contrato al abono de las cantidades que queden pendientes de amortizar de las inversiones realizadas durante la vigencia del mismo.*
- g) *Asimismo, le corresponde el derecho a revisar los costes anualmente y, también, cuando circunstancias sobrevenidas o impredecibles determinaran, en cualquier sentido, la ruptura del equilibrio económico de la concesión, en los términos del presente Pliego”.*

De las prescripciones anteriores consignadas en los Pliegos resulta que al contratista se le garantiza una remuneración fija mensual que será abonada exclusivamente por el Ayuntamiento de Mérida por la prestación de los servicios previstos en los Pliegos con independencia del uso más o menos intenso que hagan los usuarios. Esta cantidad, cuya revisión se prevé, incluirá el concepto de beneficio industrial del contratista, disponiendo como causa de resolución del contrato la insostenibilidad económica del contrato para el contratista.

De los datos expuestos en los Pliegos se permite deducir que el contrato en presencia no es un contrato de gestión de servicios públicos sino un contrato mixto de servicios de recogida de basura, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes.

A mayor abundamiento, en cuanto a la organización del servicio como elemento configurador del riesgo que asume el contratista debe de considerarse que las características de las prestaciones que se describen en los Pliegos dejan un escaso margen a la empresa adjudicataria para modular la organización. El Pliego, asumiendo que existe una obligación derivada del convenio colectivo aplicable, prevé la subrogación del personal que está destinado a los servicios, la cesión de los medios materiales y sus sistema de amortización, adscritos a los servicios contratados, los detalles que deben desarrollarse las distintas prestaciones de los servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, la limpieza de urbana y el mantenimiento de las zonas verdes, llevan al Tribunal a ratificarse en la calificación ya anunciada, estimando que el contrato objeto de recurso es un contrato mixto de servicios y no un contrato de gestión de servicios públicos.



En consecuencia, la alegación hecha en el informe al recurso por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mérida no puede ser acogida, siendo el acto susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP.

**Tercero.** El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación del contrato adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 14 de marzo de 2014, siendo este acto susceptible de ser recurrido al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso se interpuso ante el órgano de contratación el día 8 de abril de 2014, habiendo tenido entrada en el registro del Tribunal el día 9 de abril. De la documentación remitida no consta la fecha de notificación o publicación del acuerdo de adjudicación. En el documento que parece ser una copia del perfil del contratante del Ayuntamiento de Mérida consta, en relación al acuerdo de adjudicación la fecha de 27 de marzo de 2014, desconociéndose si esta es la fecha de publicación del anuncio de adjudicación. No obstante, en garantía de los derechos del recurrente y a falta de determinación de la fecha de notificación o publicación del acuerdo de adjudicación el recurso se estima interpuesto en plazo, asumiendo que la adjudicación fue publicada el 27 de marzo de 2014 en el perfil del contratista del Ayuntamiento de Mérida.

El recurso fue anunciado al órgano de contratación el día 7 de abril de 2014.

**Quinto.** Debe considerarse la legitimación para recurrir, toda vez que el recurso se ha interpuesto por un concejal del Grupo Municipal Mixto Izquierda Unida-Siex en el Ayuntamiento de Mérida.

En lo que respecta a la legitimación, el artículo 42 del TRLCSP establece: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En este sentido, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en numerosas resoluciones (67/2013, 290/2011), donde se expone en el fundamento de derecho cuarto, tras analizar el interés legítimo habilitante para recurrir estudia la legitimación de los concejales en el recurso especial en materia de contratación, indicando: *“(…) Sentado lo anterior, resulta necesario también analizar el problema de la*



**legitimación de los concejales y de los grupos municipales** constituidos en las Corporaciones Municipales. A este respecto, la Resolución 57/2013 estableció las siguientes conclusiones: i) El grupo municipal, si bien tiene “*capacidad para ser parte*” a pesar de carecer de personalidad jurídica distinta de sus integrantes -debiendo acreditarse la representación del grupo a través del apoderamiento otorgado por todos sus integrantes a uno de ellos-, no está legitimado para recurrir los pliegos aprobados por el Ayuntamiento en un expediente de contratación. Ciertamente es que en algún caso aislado, como el resuelto por Auto del Tribunal Supremo de 24-7-1999, se admitió la legitimación de un grupo municipal al amparo del 63.1 b) de la Ley de Bases de Régimen Local, pero expresamente refleja como fundamento de su admisión que “*consta la conformidad de todos ellos para la interposición del recurso*”, de modo que podía entenderse que lo habían interpuesto todos y cada uno.

ii) Los concejales, a título individual, por el contrario, sí estarían legitimados para recurrir los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de la adopción del mismo.

Trasladando las anteriores consideraciones al caso concreto del Sr. D. A. V. P., consta en la documentación que acompaña al recurso un certificado de la Secretaria General del Pleno del Ayuntamiento de Mérida que el recurrente es concejal del citado Ayuntamiento, no obstante, no se acredita si ha intervenido en la adopción del acuerdo que se recurre, circunstancia que excluiría su legitimación. No obstante, en la sede electrónica del Ayuntamiento de Mérida consta que el recurrente no es miembro de la Junta de Gobierno Local, por lo que se debe reconocer su legitimación a efectos de este recurso.

**Sexto.** El recurso se fundamenta en la invalidez del Pliego de Prescripciones Técnicas a tenor de los artículos 31 y 32.a) del TRLCSP y los artículos 52.2 y 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, toda vez que el PPT prevé en el número 7.- DESCRIPCIÓN DE LOS SERVICIOS DE LIMPIEZA URBANA, dentro del párrafo Suministro de agua: “*Para la ejecución de los trabajos de limpieza municipales, la Empresa adjudicataria podrá tomar agua de la red municipal sin cargo alguno, en los puntos que previamente señalen los Servicios Técnicos Municipales. En todo caso, el agua tomada de la red municipal sólo*



*podrá utilizarse para los fines previstos en el presente Pliego de Condiciones, y la Empresa adjudicataria será responsable de los daños que por tal uso puedan sufrir los puntos de toma. El licitador presentará en su oferta un Plan de Ahorro y Optimización por el uso del Agua tanto para los trabajos específicos de limpieza como para los descritos posteriormente en el mantenimiento de las zonas verdes, será de obligado cumplimiento la contabilización de cualquiera de las maneras posibles, preferiblemente con totalizadores, del volumen consumido para las laboras propias de los Servicios licitados.”*

Asimismo, en el número 8.4.1.- PROGRAMA DE RIESGOS, se recoge: *“Los consumos de agua y energía eléctrica asociados a las instalaciones de riego serán por cuenta de la Administración contratante, estando el contratista obligado a hacer un uso racional de ambos recursos, encargándose de su riguroso control y dando cuanta al Servicio Técnico Municipal de los consumos de cada uno de los contadores existentes, con una periodicidad mensual”.*

Siendo estas previsiones contrarias al artículo 6, apartado 2 b) de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Prestación del Servicio de Abastecimiento Domiciliario de Agua Potable y Otras Actividades Conexas, según el cual: *“Se entenderá sujeto a la tarifa industrial toda persona, física o jurídica, que se encuentre dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y que el agua sea esencial en su proceso de producción o actividad”.*

El artículo 7 de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa, prevé: *“No se concederán otros beneficios fiscales que los expresamente determinados en las normas con rango de ley, los derivados de la aplicación de los tratados internacionales”.*

El artículo 9.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, dispone; *“No podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales.*

*No obstante, también podrán reconocerse los beneficios fiscales que las entidades locales establezcan en sus ordenanzas fiscales en los supuestos expresamente previstos por la ley. En particular, y en las condiciones que puedan prever dichas ordenanzas, éstas*



*podrán establecer una bonificación de hasta el cinco por ciento de la cuota a favor de los sujetos pasivos que domicilien sus deudas de vencimiento periódico en una entidad financiera, anticipen pagos o realicen actuaciones que impliquen colaboración en la recaudación de ingresos.”*

Considera el recurrente que de la configuración del servicio realizada en los PPT resulta un beneficio fiscal al margen de la normativa aplicable y en consecuencia una infracción del ordenamiento jurídico determinante de la nulidad de los pliegos.

El informe del órgano de contratación no hace consideraciones sobre el argumento de fondo del recurso, estimando que el recurso debería ser inadmitido, además de por considerar que estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo coste de primer establecimiento no supera los 500.000 euros, cuestión que ya ha sido tratada, por no haber sido interpuesto en plazo.

**Séptimo.** El órgano de contratación en su informe al recurso alega que el recurso está fuera de plazo, ya que va dirigido frente al Pliego de Prescripciones Técnicas y, por tanto, debió ser presentado en el plazo de quince días hábiles siguientes a aquel en que el Pliego fue publicado. El único fundamento del recurso está centrado en un vicio del Pliego de Prescripciones Técnicas que fueron accesibles desde la publicación del anuncio de licitación en el BO de la Provincia de Badajoz.

El recurso se interpuso el día 8 de abril de 2014, plazo que supera ampliamente el previsto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, determinando la inadmisión del recurso, tal y como es doctrina reiterada de este Tribunal expresada en la Resolución 214/2013, de 14 de mayo. En el fundamento octavo de esta Resolución dijimos: **“Octavo.** *En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma. “Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo,*





*con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía". Doctrina plenamente aplicable al supuesto contemplado, como lo ha sido, de hecho, en otras resoluciones de este mismo Tribunal como las recientes 17/2013 y 45/2013 que inadmitieron los recursos interpuestos por su extemporaneidad al no haberse previamente recurrido contra los pliegos o contra los actos previos que constituían realmente el verdadero objeto del recurso, tal como ocurre en el caso presente en el que, si bien se recurre formalmente contra el acto de adjudicación, realmente se está recurriendo extemporáneamente contra los Pliegos contractuales que no fueron en su día objeto de recurso alguno".*

Así, habiendo conocido el Concejal recurrente los pliegos desde la fecha que se publicó el anuncio de licitación, el 23 de octubre de 2013, y en consecuencia, la irregularidad que en el momento de la adjudicación pretende hacer valer, debió recurrir el PPT en el plazo previsto para ello sin admitirlos inicialmente y esperar al acuerdo de adjudicación para hacer valer su pretensión.

En consecuencia, procede la inadmisión del recurso.

**Octavo.** Sin perjuicio de la inadmisión del recurso de conformidad con el argumento expuesto, interesa en cuanto al fondo del asunto recordar que el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, de 5 de Marzo, dispone, bajo la rúbrica; Supuestos de no sujeción y de exención "1. Las entidades locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes: a) Abastecimiento de aguas en fuentes públicas. b) Alumbrado de vías públicas. c) Vigilancia pública en general. d) Protección civil. e) Limpieza de la vía pública. f) Enseñanza en los niveles de educación obligatoria".

En relación al uso del agua para la limpieza de la vía pública al que alude el número 7 del PPT, la supuesta tasa sobre esta utilización sería un supuesto de no sujeción amparado por el artículo transcrito.



En cuanto al consumo de agua para riego, en el número 8.4.1 del PPT no se configura un beneficio fiscal contrario al artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de Marzo y al artículo 7 de la Ordenanza Fiscal, toda vez que el PCAP en el artículo 20 prevé que sean a cargo del adjudicatario: *“toda clase de tributos que resultan de aplicación según la legislación vigente. (...) Los tributos que deriven del contrato, así como la asunción de cualquier gasto generado por el traspaso el servicio”*. De esta manera, otros gastos derivados de los consumos de agua y energía eléctrica serán a cargo de la Administración pero no los que tiene naturaleza tributaria como es la tasa sobre el consumo de agua. Asimismo, debe recordarse que el artículo 17.5 de la Ley 58/2003 General Tributaria, de 17 de diciembre prevé que: *“Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”*.

**Noveno.** El recurso interpuesto contra el acuerdo de adjudicación ha provocado la suspensión automática del procedimiento al amparo del artículo 45 del TRLCSP a pesar de recurrir un argumento que pudo utilizar tras la publicación del anuncio de licitación en el BO de la Provincia si el interés del recurrente fuera garantizar la corrección del Pliego de Prescripciones Técnicas. No obstante, el recurrente esperó a hacer valer su pretensión al momento en el que provocaría el mayor perjuicio al interés público cual es la paralización del procedimiento de contratación, por lo que se aprecia mala fe en el recurso, a los efectos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP. Asimismo, se aprecia la mala fe del recurrente en la falta de fundamentos del recurso, toda vez que respecto de la limpieza viaria el supuesto de no sujeción lo prevé la misma norma que se pretende infringida, y en relación con los gastos derivados del consumo de agua que asume la Administración contratante de la lectura de los Pliegos resulta que el PPT en su número 8.4.1, en relación con el artículo 20 de los PCAP, no incluye los tributos o tasas que pudieran gravar la actividad.

En consideración a los argumentos expuestos procede la imposición al recurrente de la multa de 1.000 euros prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,



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

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por D. A.V.P., en su condición de Concejal del Grupo Municipal Mixto Izquierda Unida-Siex en el Ayuntamiento de Mérida, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mérida, de 14 de marzo de 2014, por el que se adjudica el contrato de gestión del servicio público de recogida de basuras, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes en el término municipal de Mérida por ser su único argumento la ilegalidad del Pliego de Prescripciones Técnicas cuando no ha sido interpuesto el recurso en plazo contra él.

**Segundo.** Declarar, apreciando mala fe en el recurrente, de conformidad con los argumentos expuestos en el fundamento de derecho noveno, la imposición de la sanción de 1.000 euros prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, a D. A. V. P.

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 Extremadura, 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.