



Recurso nº 119/2015 C. Valenciana 25/2015

Resolución nº 229/2015

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

En Madrid, a 13 de marzo de 2015.

VISTA el recurso interpuesto por D. R.M.C, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de L'Alcúdia, en nombre y representación de dicha Corporación, contra el anuncio de licitación, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, del contrato de *“Gestión de servicios públicos de construcción y explotación de la instalación N° 1 del plan zonal 5, área de gestión V4, a construir en el término municipal de Guadassuar”*, licitado por el Consorcio del Área de Gestión 1 para la ejecución de las previsiones del Plan Zonal de Residuos de las Zonas X, XI y XII (Consortio de Residuos Ribera i Valldigna), entidad pública integrada por la Generalitat Valenciana, la Diputación Provincial de Valencia y diversos municipios de la provincia de Valencia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 8 de enero de 2015 la Comisión de Gobierno del Consorcio del Área de Gestión 1 para la ejecución de las previsiones del Plan Zonal de Residuos de las Zonas X, XI y XII, Consorcio de Residuos Ribera i Valldigna, con el voto en contra del representante del Ayuntamiento de L'Alcúdia acuerda por mayoría dictaminar favorablemente la contratación de la construcción y explotación de la instalación 1 del Plan Zonal 5, Área de Gestión V4 de la Comunidad Valenciana.

El 20 de enero la Junta de Gobierno del Consorcio, con el voto en contra del Alcalde del Ayuntamiento de L'Alcúdia en su condición de vocal, aprueba los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del

contrato de gestión de servicios públicos de construcción y explotación de la instalación 1 del Plan Zonal 5, Área de Gestión V4 de la Comunidad Valenciana.

Se procede al anuncio de la licitación, además de en el Perfil del Contratante, en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, el 30 de enero de 2015.

De acuerdo con el anuncio, el PCAP, el PPT y toda la información relevante para el procedimiento, se pone a disposición de las empresas interesadas en las dependencias del Consorcio, pudiendo retirarse en el plazo máximo de treinta días naturales a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio en el Boletín oficial.

De acuerdo con la cláusula 1 del PCAP el objeto del contrato es el siguiente:

“1. Objeto del contrato.

1.1. En el presente Pliego se recogen las cláusulas administrativas particulares que regirán la contratación por procedimiento abierto, con base en los principios de publicidad, igualdad, mérito y libre concurrencia, de la concesión del servicio público de tratamiento de las fracciones orgánicas de residuos domésticos que se realizará en la Instalación 1 del Plan Zonal y del PIRCV.

1.2. En la Instalación 1 los procesos de tratamiento serán, fundamentalmente, de carácter biológico, es decir, se dedicarán exclusivamente al tratamiento de las materias orgánicas mediante procesos biológicos (fermentación y maduración), quedando una pequeña parte de residuos de procesos de tipo mecánico en las operaciones de afino.

En particular, la actividad en la Instalación 1 consistirá en el tratamiento y valorización de la "fracción orgánica selectiva" (FOS) y de la "materia orgánica resto" (MOR) que serán recibidas desde la denominada "Instalación E" y desde la "Instalación 2", de conformidad con el Plan de Gestión de Tratamiento del Complejo de Guadassuar.

1.3. El objeto de esta licitación comprende las siguientes actuaciones por parte del concesionario, las cuales deberán desarrollarse en los términos y condiciones recogidos en el presente PCAP y en el PPT:

a) la financiación y construcción de la nueva Instalación 1, incluyendo todas las actuaciones, inversiones y maquinaria necesarias para su funcionamiento, de acuerdo con las características técnicas y la capacidad que se establecen en el Anteproyecto de Obras y Explotación del Plan de Gestión del Complejo de Guadassuar y en el PPT.

b) la explotación de las instalaciones ejecutadas, y la gestión del servicio público de tratamiento de las fracciones y materias orgánicas (FOS y MOR) que tengan entrada en la Instalación 1.

1.4. la empresa concesionaria deberá gestionar a su riesgo y ventura todos los servicios comprendidos en este contrato, debiendo asumir en los términos que se regulan en este Pliego el riesgo de demanda, el riesgo de financiación, el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad, conforme a sus propias estimaciones y a la oferta que hubiera presentado en los términos en que resulten admitidas por el Consorcio.”

El contrato, calificado de gestión de servicio público, tiene un valor estimado del contrato es de 84.723.600 euros, IVA excluido. La adjudicación es por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con varios criterios de adjudicación.

Segundo. El 5 de febrero de 2014, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de L'Alcúdia, presenta escrito en el órgano de contratación bajo el título “ANUNCIO DE INTERPOSICIÓN E INTERPOSICIÓN DE RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)”.

En dicho escrito se contiene el siguiente *petitum*:

“PRIMERO.- Que se tenga por formulado ante ese Consorcio el preceptivo anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación que interpone el Ayuntamiento de L'Alcúdia contra los actos tomados por ese Consorcio el pasado día 20 de enero de aprobación del expediente de contratación, incluyendo los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación, mediante procedimiento abierto, para la construcción y explotación de la instalación nº 1 del Plan Zonal 5, área de gestión V 4, a construir en el término municipal de Guadassuar,

y contra el acto de publicación del anuncio de licitación de dicho contrato realizado en el BOP de Valencia del pasado día 30 de enero.

SEGUNDO.- Que se tenga por interpuesto por parte del Ayuntamiento de L'Alcúdia recurso especial en materia de contratación contra los actos tomados por el Consorcio el pasado día 20 de enero de aprobación del expediente de contratación, incluyendo los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación, mediante procedimiento abierto, para la construcción y explotación de la instalación nº 1 del Plan Zonal 5, área de gestión V 4, a construir en el término municipal de Guadassuar, y contra el acto de publicación del anuncio de licitación de dicho contrato realizado por el Consorcio en el BOP de Valencia del pasado día 30 de enero, procediéndose por parte de la Administración consorcial a su remisión (junto con los documentos y expediente exigidos legalmente) al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales competente para resolver, en el plazo y condiciones establecidos por la LCSP.

TERCERO.- Que se tenga por formulado, conjuntamente con el recurso contra los citados actos del Consorcio, petición expresa dirigida al Tribunal competente para que proceda a suspender cautelarmente la tramitación del procedimiento contractual citado,(...)”.

El 11 de febrero presenta otro escrito ante el órgano de contratación en que afirma que el 5 de febrero presentó recurso especial en materia de contratación sin que conste su remisión junto con el expediente a este Tribunal.

Tercero. El órgano de contratación remitió el expediente de contratación, acompañándolo de su informe, a este Tribunal. El expediente incluye certificación de 20 de febrero de que hasta esa fecha no se habían presentado ofertas a la licitación.

Cuarto. El 23 de febrero de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y lo dispuesto en la estipulación tercera, apartado 2, del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 22 de marzo de 2013 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 10 de abril de 2013, al tratarse de una entidad que tiene la consideración de poder adjudicador, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 del TRLCSP, en la que participan la Comunidad Autónoma y entidades locales de su territorio.

Segundo. Se recurre el anuncio de licitación y los pliegos de un procedimiento de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público, cuyo valor estimado es 84.723.600 euros.

Así si partimos de su calificación como contrato de gestión de servicio público, lo determinante para determinar nuestra competencia no es el valor estimado sino antes bien que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros, excluido el IVA, y su duración superior a cinco años, conforme al artículo 40.1.c) del TRLCSP.

La cláusula 7.1 del PCAP fija en veinte años la duración del contrato, estableciendo que dicho plazo se cuenta a partir de la recepción de la construcción de la instalación objeto de explotación que ha de producirse en el plazo de un año, y además la cláusula 8 permite prorrogar hasta cinco años más.

Cumplido uno de los requisitos cumulativos de la artículo 40.1.c), la duración temporal, hemos de examinar el cumplimiento del otro, la cuantía del presupuesto de gastos de primer establecimiento.

El PCAP y el PPT no fijan el presupuesto de gastos de primer establecimiento.

Como hemos señalado en nuestra Resolución 43/2012, de 23 de enero, cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo *"presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros"*, dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.

Pues bien en este caso de acuerdo con la cláusula 1.3 del PCAP el objeto del contrato comprende dos actuaciones por parte del concesionario, la financiación y construcción de la nueva Instalación, incluyendo todas las actuaciones, inversiones y maquinaria necesarias para su funcionamiento, de acuerdo con las características técnicas y la capacidad que se establecen en el anteproyecto de obras y Explotación del Plan de Gestión del Complejo de Guadassuar y en el PPT, y la explotación de las instalaciones ejecutadas, y la gestión del servicio público de tratamiento de las fracciones y materias orgánicas que tengan entrada en la Instalación.

Por su parte las cláusulas 7.1 y 7.2 del PCAP establecen que los derechos de cobro de los cánones por los servicios concesionados comenzarán a devengarse a favor del contratista a partir del día en que se formalice el acta de comprobación de las obras y puesta en servicio de las instalaciones, fecha que servirá también para marcar el inicio del cómputo del plazo total de 20 años de explotación del servicio público; y que las obras de construcción de la nueva Instalación deberán estar ejecutadas en el plazo máximo de un año desde la suscripción del Acta de comprobación del replanteo, ocupándose de la ejecución de las obras e instalaciones de la Instalación las cláusulas 34 a 37 del PCAP.

Así pues existen gastos de primer establecimiento que deben cifrarse en aquellos que ha de acometer el concesionario para la financiación y construcción de la nueva Instalación, incluyendo todas las actuaciones, inversiones y maquinaria necesarias para su funcionamiento. Es lo cierto que el PCAP, el PPT no cifran el importe de dichos gastos.

Esto no obstante si lo hace el documento *“REDACCIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DEL COMPLEJO DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS URBANOS DE GUADASSUAR, DOCUMENTO 4 PLAN DE GESTIÓN, apartado 4.1.8.- ESTUDIO ECONÓMICO”*

En él aparece el siguiente detalle, en el apartado *“4 MEMORIA ECONÓMICA PROYECTADA A 20 AÑOS”*, en el que señala el total de inversiones y amortizaciones anuales, agregando los conceptos obra civil, equipos fijos y equipo móvil, con una única proyección a 20 años para las actividades de la instalación, resultando las siguientes cantidades, inversión inicial 11.984.655,47 €, inversión sucesivas agregadas al año 11 1.120.000,00 €, y total 13.104.655,47 €

Así las cosas, el presupuesto de gastos de primer establecimiento, entendiendo por tales aquellos a los que tendrá que hacer frente el adjudicatario con carácter previo al comienzo de la prestación del servicio, ascienden a 11.984.655,47 euros. En fin, los gastos de primer establecimiento son claramente superiores a 500.000 euros.

Pero es que aun cuando no hubiera sido así, deberíamos entender como recurribles los actos impugnados pues para determinar la competencia del Tribunal para conocer del recurso en razón del acto impugnado, también hemos de tener en cuenta que la impugnación se funda en la consideración de que el contrato no es un contrato de gestión de servicio público sino de concesión de obra pública, de modo que hemos de apreciar si calificado como tal sería susceptible de recurso, lo que habida cuenta del valor estimado resulta cierto a tenor de los artículos 40.1.a) y 14 del TRLCSP.

Por todo ello el objeto del recurso reúne los requisitos, exigidos por el artículo 40.1.c) y 2.a) del TRLCSP, para poder considerar que son susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y plazo para la interposición del recurso, el anuncio de licitación impugnado se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, el 30 de enero de 2015, poniéndose a disposición de los posibles licitadores el PCAP, el PPT y toda la información relevante para el procedimiento, en las dependencias del Consorcio, pudiendo retirarse en el plazo máximo de treinta días naturales a contar

desde el siguiente a la publicación del anuncio en el Boletín oficial, es decir hasta el 2 de marzo, anunciándose e interponiéndose simultáneamente el recurso el 5 de febrero.

El artículo 44.2.a) y 3 del TRLCSP establecen:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

(...)

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

En cuanto al anuncio, el artículo 142.1 del TRLCSP, establece:

“Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177, deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el «Boletín Oficial del Estado».

En fin, en cuanto a los Pliegos señala el artículo 158.1 del TRLCSP:

“Cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas, con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.”

A estos efectos, sobre el plazo para interponer el recurso especial contra los pliegos, procede traer a colación nuestra Resolución 534/2013 de 22 de noviembre, recurso 701/2013, en la que este Tribunal asume el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011) en su sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual en supuestos como el que se examina, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos no es, como venía entendiendo el Tribunal por razones de seguridad jurídica, el día en que expiraba el plazo para presentar las proposiciones, sino el día en que bien tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios, bien desde que se pone a disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos los pliegos y su documentación complementaria.

Toda vez que se recurren dos actos distintos, el anuncio de licitación y los pliegos, examinaremos los requisitos de tiempo y forma respecto de cada uno de ellos.

En cuanto al anuncio de licitación, dado lo establecido en el artículo 142.1 del TRLCSP, el *dies a quo* es el siguiente a la publicación del anuncio de convocatoria de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia, y por tanto el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

En cuanto a los pliegos, toda vez que los mismo se han puesto a disposición de los licitadores en las dependencias del Consorcio, constando así en el anuncio publicado, es desde el día siguiente a esa fecha, que debe contarse el plazo para interponer el recurso en cuanto a los pliegos, por lo que igualmente se interpuso en tiempo y forma.

Cuarto. Llegados a este punto se hace necesario examinar la legitimación activa del recurrente.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Dicha norma se reconduce necesariamente a la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo.

Así en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias por las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por “interés” debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio.

El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En fin, la jurisprudencia también señala que, al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial de todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales -y por ende a los órganos administrativos- la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales o procedimentales administrativas utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales o procedimientos administrativos.

Pues bien a la luz de dicha doctrina hemos de examinar el interés legítimo de la Corporación recurrente.

El Ayuntamiento recurrente funda su interés legítimo en los siguientes argumentos:

“El Ayuntamiento de L’Alcúdia es miembro del Consorcio que ha aprobado los actos en materia de contratación citados y, en consecuencia, por una parte tiene interés en formular alegaciones y consideraciones al anteproyecto de obras y al estudio de viabilidad que debió someterse, previamente al inicio del procedimiento licitatorio, a información pública por afectar a una instalación que se construirá en el término municipal de Guadassuar a escasamente 500 metros de distancia del núcleo urbano de Montortal (que pertenece al municipio de L’Alcúdia) donde residen habitualmente cerca de 150 personas, y, por otra parte, también tiene un legítimo y directo interés en que no se produzca ninguna limitación a la libre concurrencia de empresas potencialmente interesadas en participar en el contrato, ya que ello va incidir negativamente en sus intereses, en tanto el contrato establece, a favor del contratista formalmente adjudicatario, el derecho a la percepción de unos elevados cánones que deberá abonarle dicho organismo público del que este Ayuntamiento forma parte.

Es importante reseñar que, como consta en el escrito que tuvo entrada en el registro del Consorcio el pasado día 22 de enero, el representante municipal de L’Alcúdia en la sesión referida celebrada dos días antes, interpeló expresamente al Secretario sobre la legalidad de los actos tomados, y en concreto sobre el cumplimiento previo del trámite legalmente exigido de sometimiento a información pública del anteproyecto de obra y del estudio de viabilidad, tal como exige la LCSP, comprometiéndose el citado funcionario a

dar una respuesta escrita al mismo, cosa que, a pesar del tiempo transcurrido, no se ha producido, a pesar de haber sido reproducida dicha petición en el escrito ya citado dirigido al presidente del Consorcio.”

No es aducible la mera pertenencia de la Corporación recurrente al Consorcio como fundamento de la legitimación, pues no es invocable en el presente caso el artículo 63.1.b) Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LrBRL).

En efecto, dicho precepto de la LrBRL atribuye legitimación a los miembros electos de las Entidades Locales, a título individual, para recurrir. El precepto se refiere exclusivamente a la impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades Locales y es una regla peculiar a favor de los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. Pues bien los consorcios, aunque estén compuesto por Ayuntamientos o Diputaciones, no son Entidades Locales de conformidad con el artículo 3 de la LrBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, por lo que los miembros de los órganos de los consorcios, al no tener estos la condición de Entidad Local, tienen la legitimación prevista en el artículo 63.1.b) LrBRL.

En suma con carácter general las Administraciones y demás entidades partícipes de los consorcios, como cualquier otra persona física o jurídica, cuando impugnan actos de contratación de aquellos han de acreditar la existencia de un interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada.

Tampoco es admisible para fundamentar el interés legítimo de la recurrente la mera invocación de la legalidad como señala la jurisprudencia.

Sí es de señalar que el proyecto objeto del contrato, cuyo anuncio y pliegos son ahora impugnados, tiene una incidencia directa sobre un número importante de vecinos del Municipio cuya Corporación recurre, las 150 personas que habitan en el núcleo urbano de Montortal, y que el Ayuntamiento aduce que la calificación del contrato como de gestión de servicio público en vez de concesión de obra pública tiene el propósito de impedir el trámite de información pública del anteproyecto de obras y del estudio de viabilidad, por lo que en este caso, atendiendo a dichas circunstancias especiales concurrentes y

atendiendo a la interpretación amplia del concepto de interés legítimo que declara la jurisprudencia, se estima procedente entrar a conocer sobre el fondo.

Quinto. El recurrente aduce en primer lugar la indebida consideración como contrato de gestión de servicios públicos, entendiendo que se trata de un contrato de concesión de obra pública. Argumenta que el criterio diferenciador entre los contratos de gestión de servicios públicos, que comprendan la ejecución de obras (artículo 8 de la TRLCSP), y los contratos de concesión de obra pública (artículo 7 del TRLCSP), es el carácter o no de accesoria de la obra a ejecutar en relación con la gestión del servicio, de modo que si el objeto principal del contrato es la construcción y explotación de una obra pública sería un contrato de concesión de obra pública, mientras que si es la explotación o gestión de un servicio público, un contrato de gestión de servicios públicos, aduciendo en su favor diversos pronunciamientos de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En el caso objeto de recurso se encomienda a una empresa contratista la ejecución de una obra pública, cual es la construcción de una nueva instalación de la planta de residuos, como paso previo necesario para poder explotar en dicha instalación un servicio, cual es el tratamiento de residuos orgánicos que se reciben de los municipios que forman parte del Consorcio, con su posterior explotación por la misma empresa, que recibirá durante los veinte años de vigencia de la concesión unos cánones de la Administración Pública en concepto de retribución. Para la recurrente es evidente que el origen del contrato es la construcción de la nueva planta, y que la explotación de la misma sólo será posible una vez ésta esté ejecutada y en funcionamiento, por lo que el objeto principal es la ejecución de dicha obra y el objeto accesorio es la posterior explotación de la instalación previamente construida. La inadecuada calificación determina el incumplimiento de las actuaciones preparatorias previstas en los arts. 128 a 131 del TRLCSP, en especial del trámite de información pública del anteproyecto de obras y del estudio de viabilidad, y por otro lado la elusión de lo dispuesto en los artículos 240 y siguientes del TRLCSP, amén de que al superar el precio del contrato el umbral establecido en el artículo 14 del TRLCSP se ha eludido el preceptivo anuncio de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, cercenándose con ello la imperativa exigencia de publicidad comunitaria exigido para este tipo de contratos.

También aduce que en el supuesto que de considerase que el contrato es de gestión de servicios públicos que incluyen la ejecución de obras públicas, la tramitación del expediente no se ha conformado al procedimiento establecido vulnerándose el artículo 133.2 del TRLCSP que establece que en los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización, siendo de aplicación los preceptos establecidos en el TRLCSP para la concesión de obras públicas.

Sostiene el recurrente que la aplicación de los preceptos previstos en el TRLCSP para el contrato de concesión de obras públicas a los contratos de gestión de servicios públicos que comportan la ejecución de obras supone que tanto el anteproyecto de construcción como el estudio de viabilidad deberían haberse sometido a información pública por plazo mínimo de un mes, tal y como lo exigen los artículos 128 y 129, y que la licitación del contrato debería someterse a las previsiones que rigen para la regulación armonizada en la ejecución de obras, mediante la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, estableciéndose un plazo mínimo de cincuenta y dos días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea, conforme al artículo 159.1 del TRLCSP.

El órgano de contratación aduce en su informe en cuanto a la primera alegación del recurrente, que el contrato lo es de concesión de obra pública y no de gestión de servicio público, que para distinguir el contrato de concesión de obras públicas de aquellos contratos de gestión de servicios públicos que comprenden la ejecución de obras, el criterio diferenciador utilizado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana es el de la accesoriadad de las obras con respecto al objeto principal del contrato, criterio también el utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 19 de abril de 1994 (asunto C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, S.A, contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de Las Palmas). Que el importe correspondiente a la construcción de la obra pública es accesorio respecto del objeto principal del contrato que es la prestación del servicio, dado que el coste de ejecución de las obras asciende a 13.104.655,47 euros por

lo que supone una repercusión del 15,47 % sobre el total del valor estimado del contrato que asciende a 84.723.600 euros.

Que en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, estamos ante un servicio de prestación obligatoria por los municipios, según establece la legislación básica de régimen local.

Que al tratarse de un contrato de gestión de servicio público que comprende la ejecución de obras, no es necesario tramitar un estudio de viabilidad ni someterlo a información al público pues dicho estudio únicamente es exigible para las concesiones de obra pública, sino únicamente, en su caso, un anteproyecto de obras el cual, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129. 3 del TRLCSP, y que el sometimiento a información al público del anteproyecto tuvo lugar con ocasión de la tramitación de la Autorización Ambiental Integrada de dicha Instalación.

En fin, en cuanto a la segunda alegación aduce que el contrato de gestión de servicio público no es un contrato sujeto a regulación armonizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del TRLCSP, y por lo tanto, no le resultan de aplicación ni los plazos ni la publicidad prevista para este tipo de contratos, y que los Informes números 1/2008 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y 2/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid señala que la remisión que el TRLCSP hace en lo relativo a las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicio público a las prescripciones del contrato de concesión de obra pública ha de entenderse como una remisión a los preceptos que regulan el anteproyecto de obras.

Sexto. Examinaremos la primera de las alegaciones formuladas, aquella que se refiere a la naturaleza del contrato.

El artículo 7 del TRLCSP define el contrato de concesión de obras públicas del siguiente modo:

“1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas

las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.”

Por su parte el artículo 8 del TRLCSP señala respecto del contrato de gestión de servicios públicos:

“1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 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 o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.”

Así, conforme a su definición legal, el contrato de concesión de obra pública es un contrato mixto que aúna las prestaciones propias de los contratos administrativos típicos obra y de gestión de servicio público, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en sus informes 24/96, de 30 de mayo de 1996, 49/97, de 17 de noviembre de 1997 y 25/01, de 30 de enero de 2002.

El problema se suscita cuando el contrato de gestión de servicio público incluye entre las prestaciones contratadas la realización de una obra.

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario se ha abordado la cuestión tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión como por la Comisión Europea.

Así la Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, S. A. versus Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de Las Palmas, S. A., declara en su fallo que *"un contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, si la ejecución de las obras solo tiene carácter accesorio respecto de la cesión de bienes"*.

También la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02), aborda la cuestión en su apartado 2.3, “delimitación entre concesión de obras y concesión de servicios”, señalando.

“Dado que la Directiva 93/37/CEE es la única que prevé un régimen especial para los procedimientos en caso de adjudicación de una concesión de obras, es útil determinar cuáles son los supuestos para que se trate de una concesión de ese tipo, sobre todo en casos de contrato mixto que incluye también un aspecto de prestación de servicios. Además, en la práctica, es casi siempre esto lo que ocurre, ya que el concesionario de obras públicas presta muchas veces un servicio al usuario sobre la base de la obra que ha realizado.

En materia de delimitación del ámbito de aplicación de los preceptos de las Directivas sobre «obras» y «servicios», el considerando 16 de esta última especifica que si las obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no se justifica la clasificación del contrato como contrato público de obras. Dichos preceptos fueron interpretados por el Tribunal de Justicia, en el asunto Gestión Hotelera Internacional, en el sentido de que «cuando las obras (...) sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal de la licitación, la totalidad de esta licitación no puede calificarse de contrato público de obras (...)» [Sentencia del Tribunal de 19 de abril de 1994 en el asunto C-331/92: Gestion Hotelière]. El Tribunal de Justicia abordó también el problema de los contratos mixtos en otro proceso [Sentencia del Tribunal de 5 de diciembre de 1989 en el asunto 3/88: Data Processing Recopilación,], del cual resulta que cuando un contrato contiene dos objetos disociables (por ejemplo, suministros y servicios), conviene aplicar a cada uno de ellos las correspondientes normas específicas.

Aunque estos principios se hayan desarrollado con respecto a los contratos públicos, la Comisión considera que es conveniente adoptar un enfoque similar para determinar si una concesión está sujeta o no a la «Directiva sobre obras». El ámbito de aplicación ratione materiae de ésta es en efecto el mismo, tanto si se trata de un contrato de obras como de una concesión de obras [el Tribunal por otra parte aplicó el mismo principio para delimitar contratos de suministro y servicios en su sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98: Teckal Srl contra Commune di Viano y AGAC di Reggio Emilia

(Teckal)]. Por lo tanto, según la Comisión, sobre todo se trata de saber si el objeto principal del contrato es la construcción de una obra o la ejecución y realización de trabajos por cuenta del concedente o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato.

Si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente, se trata, según la Comisión, de una concesión de obras.

En tal caso debe aplicarse el régimen previsto por la «Directiva sobre obras», siempre que se alcance el umbral de aplicación de dicha Directiva (5.000.000 de euros), aunque estén presentes aspectos vinculados a los servicios. El hecho de que los trabajos o las obras los realicen en realidad terceros no cambia la naturaleza del contrato básico. El objeto del contrato sigue siendo el mismo.

Por el contrario, un contrato de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios.

Pueden darse también en la práctica operaciones que supongan a la vez la realización de una obra o de trabajos y la prestación de servicios. De este modo, como parte accesorio de una concesión de obras, pueden establecerse concesiones de servicios para actividades complementarias pero independientes de la explotación de la concesión de una obra. Así, por ejemplo, los servicios de restaurante de una autopista pueden ser objeto de una concesión de servicios diferente de la concesión de construcción o gestión de la autopista. Según la Comisión, al ser dissociables los objetos de estos contratos, se aplican las normas respectivas relativas a cada tipo de contrato.”

Para determinar si la prestación consistente en la obra de construcción es principal o accesorio no fija criterio el Tribunal de Justicia de la Unión ni la Comisión Europea. La JCCA en su Informe 24/96, de 30 de mayo de 1996, opta por el criterio del valor económico de la prestación señalando en la consideración jurídica 4 que resulta “(...)preciso proceder, con carácter previo, a una calificación del contrato, dado que, de las diversas posturas doctrinales existentes en orden a la regulación de los contratos el coste de ejecución de las obras asciende a 13.104.655,47 euros por lo que supone una

repercusión del 15,47 % sobre el total del valor estimado del contrato que asciende a 84.723.600 euros la aplicación de normas de la prestación principal - la entonces vigente legislación de contratos del Estado se inclinaba por la segunda en el artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado, hoy confirmado por el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [hoy artículo 12 del vigente TRLCSP], que con carácter general para todos los contratos que comprenden prestaciones de distintos contratos administrativos, y no solo de obras y suministros, viene a reiterar la regla de la aplicación del régimen jurídico correspondiente a la prestación más importante desde el punto de vista económico, sin admitir la posibilidad de aplicación de normas de distintos tipos de contratos". En el mismo sentido el Informe JCCA 49/97, de 17 de noviembre de 1997 e Informe 25/01, de 30 de enero de 2002, y ha sido el criterio recogido por los órganos análogos de las Comunidades Autónomas, entre otros la Junta Superior de Contratación de la Comunidad Valenciana (JSCCV), así en sus Informes números 3/2004, de 11 de marzo, 2/2007, de 19 de junio y 1/2008, de 2 de junio.

Pues bien en este caso y acudiendo a la estimación contenida en el estudio económico del plan de gestión del complejo de tratamiento de residuos urbanos de Guadassuar, resulta que el importe de coste previsto para la ejecución de la obra, incluido el total de inversiones y amortizaciones anuales, asciende a 13.104.655,47 euros por lo que supone una repercusión del 15,47 % sobre el total del valor estimado del contrato que asciende a 84.723.600 euros, datos económicos que no han sido combatidos por el recurrente, con lo que claramente la prestación de gestión del servicio público es cuantitativamente mayor a la realización de la obra, por lo que, de conformidad con el artículo 12 del TRLCSP el contrato debe calificarse de gestión de servicio público.

Debemos pues rechazar la pretensión principal del recurrente.

Séptimo. También aduce el recurrente que en el supuesto que se considerase que el contrato es de gestión de servicios públicos que incluyen la ejecución de obras públicas, la tramitación del expediente no se ha conformado al procedimiento establecido vulnerándose el artículo 133.2 del TRLCSP que establece que en los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del

correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización, siendo de aplicación los preceptos establecidos en el TRLCSP para la concesión de obras públicas.

En efecto el artículo 133 del TRLCSP dispone lo siguiente:

“1. De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.

2. En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas.

3. El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.”

La referencia que contiene el apartado 2 del artículo 133 del TRLCSP a la aplicación de los preceptos del TRLCSP para el contrato de concesión de obra pública, no debe dissociarse del resto del apartado que exige que en los contratos de gestión de servicio público que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente ha de ir precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización, de modo que la referencia a las normas propias del contrato de concesión de obra pública se refieren solo a la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de obras, pero no al resto de la regulación de los contratos de concesión de obra pública en bloque como pretende el recurrente.

Así lo entiende la JSCCV que en su Informe 1/2008, de 2 de junio, señala que *“en cuanto a la tramitación del expediente, éste deberá realizarse de conformidad con las disposiciones relativas al contrato de gestión de servicios públicos, con las peculiaridades establecidas en el caso de que la prestación del servicio lleve aparejada la construcción de obras de nueva creación, reforma o reparación de obras ya existentes. Así véanse los artículos 116 y 117 de la LCSP [hoy 132 y 133 TRLCSP]; este último, en su apartado 2, remite al contrato de concesión de obra pública y, en este punto, cabe entender que según se trate de anteproyecto o proyecto de obras se estará a lo expuesto en los artículos 113 y 114 [hoy 129 y 130 del TRLCSP], respectivamente.”*

En suma, hacer una interpretación del último inciso del artículo 133.2 del TRLCSP que determine la aplicación en bloque de las normas del contrato de concesión de obra pública supone vaciar pura y simplemente de contenido la regulación del contrato de gestión de servicio público, de modo que bastaría con que parte de su objeto sea una obra, aun cuando fuera accesoria, para convertirlo en un contrato de concesión de obra pública lo que supone pura y simplemente vulnerar la ley.

En consecuencia debemos rechazar igualmente el segundo argumento, y declarar expresamente conformes a derecho los actos impugnados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.M.C, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de L'Alcúdia, en nombre y representación de dicha Corporación, contra el anuncio de licitación, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, del contrato de *“Gestión de servicios públicos de construcción y explotación de la instalación N° 1 del plan zonal 5, área de gestión V4, a construir en el término municipal de Guadassuar”*, licitado por el Consorcio del Área de Gestión 1 para la

ejecución de las previsiones del Plan Zonal de Residuos de las Zonas X, XI y XII (Consortio de Residuos Ribera i Valldigna).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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