



Recurso nº 234/2015 C.A. Valenciana 44/2015

Resolución nº 334/2015

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

En Madrid, a 17 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.A.P.B., en representación de la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato “*Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Ibi (Alicante)*”, convocado por el Ayuntamiento de Ibi, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Ibi convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 9 de septiembre de 2014, el procedimiento abierto para la adjudicación del servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Ibi (Alicante), con un valor estimado de 4.666.916,10 euros, al que concurrió presentando oferta la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. El apartado 25 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establecía que “*la valoración de las ofertas se realizará atendiendo exclusivamente a la oferta económica presentada*”, siendo así que el apartado 24 señalaba que “*para apreciar la existencia de ofertas desproporcionadas o temerarias se aplicarán los criterios contenidos en el artículo 85 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas*”.

Cuarto. Previos los trámites oportunos, el 27 de octubre de 2014 la Mesa de Contratación procedió a la apertura y valoración de las ofertas económicas, a cuyas resultas quedó clasificada en primer lugar la UTE ASCAN-GEASER y, en segundo lugar, la mercantil URBASER S.A., mientras que la aquí recurrente FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. quedó clasificada en cuarto lugar (de un total de doce licitadores), detrás de la UTE TARANCÓN INFRAESTRUCTURAS S.L.U.- SERRANO AZNAR OBRAS PÚBLICAS S.L.U. No obstante, al apreciar que las ofertas de las dos primeras clasificadas estaban incursas en presunción de su carácter desproporcionado o anormal, con arreglo a lo previsto en el artículo 85 del RGLCAP, se dispuso, al amparo del artículo 152.3 del TRLCSP, la concesión de audiencia a ambos licitadores *“a fin de que justifiquen la valoración de la oferta y precisen las condiciones de la misma”*. Cursados los oportunos requerimientos a tal fin, la documentación presentada por las citadas mercantiles fue sometida al informe técnico de la consultora FFENTROPICS S.L.U., cuyo informe, emitido el 1 de diciembre de 2014, concluía en la suficiencia de la justificación ofrecida por URBASER S.A. y en la insuficiencia de la ofrecida por la UTE ASCAN-GEASER, advirtiendo, por añadidura, que su aceptación comportaría la ejecución del contrato en términos que resultarían contrarios a lo prescrito en los pliegos y demás documentos rectores de la licitación.

Quinto. A sus resultas, la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 10 de diciembre de 2014, acordó con asunción del referido informe técnico, la exclusión de la oferta presentada por la UTE ASCAN-GEASER y la aceptación de la justificación aportada por URBASER S.A., procediendo a una nueva clasificación de las ofertas presentadas, en la que URBASER S.A. pasaba a ocupar el primer lugar, mientras que la recurrente FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. se situaba en tercer lugar (de un total de once licitadores), detrás de la UTE TARANCÓN INFRAESTRUCTURAS S.L.U.- SERRANO AZNAR OBRAS PÚBLICAS S.L.U. En consecuencia, se proponía *“la adjudicación del contrato al licitador URBASER S.A., por el precio de 322.131,13.- €/anuales, IVA incluido”*.

Sexto. El 4 de febrero de 2015, el Pleno del Ayuntamiento de Ibi acordó la adjudicación del contrato a URBASER S.A., cuyo acuerdo fue correctamente notificado a los licitadores el 25 de febrero de 2015.

Séptimo. El 3 de marzo de 2015, la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra dicho Acuerdo, a cuyo recurso fue asignado el número 234/2015 (Comunidad Valenciana 44/2015).

Octavo. El 25 de marzo de 2015 la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo dictó resolución por la que dispuso mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.

Noveno. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del meritado recurso a las mercantiles que habían concurrido a la citada licitación a fin de que formularan las alegaciones que a su derecho asistieran. A sus resultas, el 17 de marzo de 2015 URBASER S.A. presentó escrito por el que interesaba la desestimación del recurso, mientras que en esa misma fecha la UTE TARANCÓN INFRAESTRUCTURAS S.L.U.-SERRANO AZNAR OBRAS PÚBLICAS S.L.U. presentaba alegaciones por las que interesaba su estimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Valencia, que fue publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2 TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es susceptible de impugnación, atendido lo dispuesto en los artículos 40.1.c) y 40.2.c) del TRLCSP.

En este punto, si bien es cierto que no constituye objeto de controversia, debe indicarse que, efectivamente (y en tal sentido es pertinente la cita del artículo 40.1.c) , la naturaleza del contrato analizado es la de contrato de gestión de servicios públicos, en concordancia con el “nomen iuris” que al mismo se asigna en los pliegos rectores de la licitación, toda vez que, a tenor de las concretas condiciones de su ejecución, existe una efectiva

traslación del riesgo al contratista que impide su conceptualización como contrato de servicios. Partiendo de este hecho, atendido que el plazo de duración y los gastos de primer establecimiento superan los umbrales referidos en el precitado artículo 40.1.c), debe concluirse en que es dable, a su tenor, el acceso al presente recurso especial en materia de contratación.

Sin que proceda extendernos en exceso sobre este particular, debe recordarse que este Tribunal ha venido tomando como referencia a los efectos de la diferenciación entre ambos contratos el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, afirmando así 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, 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.”

Pues bien, en el caso analizado, atendidas las previsiones de los pliegos rectores en relación con la retribución del contratista y, en especial, lo señalado en el artículo 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y 42 del Pliego de Condiciones Técnicas, de los que se desprende que la retribución del contratista, si bien abonada por el órgano de contratación, no se concreta en una cantidad fija, sino que depende de otros parámetros ajenos al propio contratista, como lo son el volumen de toneladas efectivamente recogidas (y, con ello, del uso más o menos intenso que se haga del

servicio), a cuyos efectos se descontarán “ *todas aquellas cantidades de residuos que, a juicio del gestor correspondiente no reúna las condiciones adecuadas de pureza*”, siendo “ *responsabilidad del contratista que los residuos no serán mezclados durante la recogida, e informar adecuadamente a la población para que utilice los contenedores correctamente*”, cabe concluir que existe una efectiva asunción del riesgo, siquiera parcial, por el contratista, que conecta muy directamente con el concepto clásico de la concesión de servicios (en el mismo sentido cabe citar la resolución 149/2014 de este Tribunal, referida a un supuesto notoriamente similar).

Cuarto. Resta por analizar el requisito de legitimación, en relación con el cual es bien sabido que este Tribunal ha declarado de manera reiterada (por todas, Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012) que, a la luz del artículo 42 TRLCSP, el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.

De esta suerte, en lo que atañe a legitimación de los licitadores que no han resultado adjudicatarios, la resolución 746/2014, recordando a su vez lo expresado en la 288/2012, advertía:

“La imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato sí que es determinante de la ausencia de legitimación, como hemos declarado en multitud de ocasiones. Así, en nuestra Resolución nº 057/2012 decíamos que “Resulta evidente que el beneficio perseguido por la UTE recurrente no puede ser otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, aun admitiéndose su pretensión –que se valore su oferta económica por no ser anormal o desproporcionada-, lo único que conseguiría es que su oferta pasaría a ser la tercera o segunda mejor valorada, según que se consideren sólo su oferta o bien todas las ofertas excluidas por ser anormales o desproporcionadas - aspecto éste del todo improcedente-, sin que, por tanto, pudiera ser en ningún caso

adjudicataria del contrato. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la UTE recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no es suficiente puesto que la UTE ahora recurrente no podría resultar en modo alguno adjudicataria, de ahí que la misma carezca de interés legítimo para recurrir en cuanto que no ostenta un interés concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación del recurso.” (En el mismo sentido la Resolución nº 319/2011 y Resolución nº 290/2011).

En este sentido hay que recordar que para analizar la legitimación no sólo basta con tener en cuenta la literalidad de la pretensión, tal y como ha sido formulada por el recurrente, sino que resulta fundamental valorar las condiciones de índole subjetiva y objetiva que afectan al que pretende ante la Administración.”

Atendido lo así expuesto, no puede obviarse que, en el caso analizado, tal y como se ha resaltado en los antecedentes de hecho de esta resolución, la actora quedó clasificada, tras la exclusión de la UTE ASCAN –GEASER, en tercer lugar. Desde esta perspectiva, en la medida en que su recurso tiene por objeto, únicamente, la anulación del acuerdo de adjudicación a URBASER S.A. y la subsiguiente exclusión de su oferta, debe concluirse en su falta de legitimación en los términos apuntados, toda vez que la estimación de la pretensión así articulada nunca podría determinar que la actora resultase adjudicataria del contrato, sino a lo sumo, que deviniese segunda clasificada, verificándose una nueva adjudicación en favor de la UTE TARANCÓN INFRAESTRUCTURAS S.L.U.- SERRANO AZNAR OBRAS PÚBLICAS S.L.U., cuya representación no ostenta y que, de hecho, ha interpuesto contra la misma resolución de adjudicación su propio recurso especial en materia de contratación, que se sustancia ante este Tribunal con el número 260/2015.

Debe en consecuencia concluirse en la falta de legitimación de la actora y, consecuentemente, en la forzosa inadmisión del recurso por ella interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por falta de legitimación de la actora, el recurso interpuesto por D. A.A.P.B., en representación de la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato “*Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Ibi (Alicante)*”, convocado por el Ayuntamiento de Ibi.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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 la Comunidad Valenciana 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., letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.