



**Recurso nº 1017/2014 C.A. Valenciana 122/2015**  
**Resolución nº 112/2015**

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

En Madrid, a 06 de febrero de 2015

**VISTO** el recurso interpuesto por D. G. M. R. A., como concejal del Ayuntamiento de Alicante perteneciente al Grupo Municipal Socialista del mismo, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por la que se acuerda la modificación del contrato de gestión de servicios públicos relativo a la “Gestión del servicio público del Municipio de Alicante de limpieza viaria, recogida de residuos domésticos y tratamiento, valorización y eliminación de residuos domésticos o no peligrosos”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** Con fecha 28 de julio de 2013 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante acordó la adjudicación del contrato expresado en el encabezamiento de esta resolución a la Unión Temporal de Empresas Alicante compuesta por CESPA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SERVICIOS AUXILIARES S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., CIVICA CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.L. e INGENIERÍA URBANA S.A., por un precio de 280.258.498,72 €, IVA incluido.

**Segundo.** Con fecha 13 de noviembre de 2014, la misma Junta de Gobierno Local aprueba la modificación del contrato indicado por un importe de 13.592.337,84 €, IVA excluido, en base a la implatación de un cuarto turno de tratamiento y eliminación de residuos en el CETRALICANTE, el quebranto económico producido por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y la inversión que obliga a hacer las exigencias del Plan Integral de Residuos de la Comunidad Valenciana.

**Tercero.** Contra dicho acuerdo ha interpuesto recurso D. G. M. R. A., concejal del Ayuntamiento de Alicante, mediante escrito presentado en el Registro del Ayuntamiento



el día 1 de diciembre de 2014, en el que tras aducir los argumentos que estima le sirven de apoyo, termina solicitando la anulación del acuerdo impugnado.

**Cuarto.** Remitido el expediente de contratación por el Ayuntamiento de Alicante junto con el informe pertinente, la Secretaría del Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan las alegaciones que a su derecho convinieran, habiéndolo hecho la UTE ALICANTE, mediante escrito presentado en el Correo el día 17 de diciembre de 2014, solicitando en ellas la inadmisión del recurso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La primera cuestión a plantear se refiere a la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso. El recurrente parece desconocer la existencia del Convenio suscrito al efecto con fecha 22 de marzo de 2013 entre la Administración del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) y la Generalitat Valenciana, publicado mediante Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de 2013 (BOE de 17 de abril) por lo que presenta y dirige el recurso ante el Ayuntamiento, si bien, como petición subsidiaria, solicita que, caso de no ser este competente para resolverlo, se remita al órgano que lo sea.

**Segundo.** El recurrente se encuentra legitimado para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP. En particular, respecto de la legitimación de los concejales para impugnar los acuerdos adoptados por los órganos de Gobierno de la Corporación Municipal, este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la materia, por lo que no es preciso reiterarla una vez más procediendo dar por legitimado al recurrente.

Asimismo el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**Tercero.** El recurso se interpone contra el Acuerdo de fecha 13 de noviembre de 2014 por el que se aprueba el modificado de la concesión en los términos indicados en los antecedentes de hecho. Procede analizar en primer lugar si estamos ante un acto susceptible de recurso especial en material de contratación de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP. Comenzaremos, al respecto, por indicar que tanto el órgano de contratación como la UTE concesionaria del servicio público han argumentado en sus



respectivos escritos en contra de la posibilidad legal de recurrir en esta vía el acto impugnado. Entienden, en efecto, que el mismo constituye un acto correspondiente a la fase de ejecución del contrato lo que impide su impugnación ante este Tribunal.

Ciertamente, el artículo 40.2 del TRLCSP al enumerar los actos del procedimiento que resultan susceptibles de impugnación en sede de recurso especial en materia de contratación no menciona los actos relacionados con la modificación de los contratos. Es más, como pone de manifiesto la UTE concesionaria, el propio artículo contiene una norma expresamente contraria a dicha impugnación al disponer en el apartado 2 del artículo 40 citado que *“Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”*.

Todo esto abunda la conclusión de que por su configuración el recurso especial en materia de contratación es un recurso precontractual a través del cual sólo puede ser controlada la legalidad de los actos del procedimiento de adjudicación y los documentos que contienen las condiciones de la contratación.

La UTE concesionaria, asimismo, cita el artículo 47 del TRLCSP resaltando el hecho de que éste se refiera siempre, al regular el contenido de las resoluciones, a las condiciones relacionadas con la licitación y la adjudicación sin hacer referencia en absoluto a la fase de ejecución del contrato.

La cuestión, sin embargo, no resulta tan clara. Ello, porque a pesar de la manifestación del artículo 40.2 en el párrafo antes transcrito, no deja de ser cierto, en primer lugar que la nueva regulación de los modificados introducida en nuestro Derecho por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dirige al órgano de contratación hacia la necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación bajo las condiciones determinadas por la modificación en todos aquellos casos en que ésta suponga un cambio sustancial en las condiciones del contrato. No otra cosa se deduce de lo dispuesto en el artículo 105, apartado 1, TRLCSP, de conformidad con el cual *“los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de*



*licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107. En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III”.*

Vista desde este punto de vista la modificación de los contratos, no cabe la menor duda de que puesto que puede dar lugar a la necesidad de celebrar nueva licitación, se constituye en un presupuesto de tal procedimiento, lo que permite afirmar que el tratamiento de las modificaciones contractuales en la medida en que éstas pueden dar lugar a la necesidad de celebrar nuevo contrato, previa la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, puede y debe ser objeto de recurso en esta vía. Bien es cierto que frente a esta conclusión, debe ser traído a colación el párrafo del artículo 40.2 que antes hemos transcrito. Sin embargo, el precepto en cuestión se refiere para excluirlos a *“los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego”*, por lo que, restringiendo la excepción sólo a los modificados no previstos en el pliego, es evidente que ésta no alcanza a aquellos que sí lo hayan sido.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 12/2012, de 23 de mayo, en el que razonando sobre la base de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entiende que *“cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos —como sin duda lo es una modificación de las previsiones de un contrato— puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (STJUE de 23 de enero de 2003, Macedonio Metro y Michaniki). Y conviene recordar que se ha admitido como objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH), el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT), así como de las decisiones que acordaban modificaciones y que devenían ilegales en tanto eran consideradas una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH) y la STJUE de 5 de octubre de*



2000, (Comisión/Francia, apartados 44 y 46). Así pues, la opción del recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitario en materia de contratación pública. Y esta es la opción del legislador estatal, si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (artículo 40.2 TRLCSP). De lo que se infiere, cuando menos, que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (artículo 106 TRLCSP) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas”.

Como consecuencia de ello, sienta, finalmente, como conclusión que “contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones... En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos”.

Esta tesis debe venir avalada por el hecho de que la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “Succhi di frutta”, tras una amplia argumentación con respecto a la falta de acomodo al derecho comunitario de las modificaciones contractuales que afecten a las condiciones esenciales del contrato, sienta el criterio de que tales modificaciones equivalen a una nueva adjudicación del contrato que se hace prescindiendo por completo de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación. Dice en efecto, la mencionada sentencia que “corresponde por tanto a la Comisión, en su condición de entidad adjudicadora, cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, no sólo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata... En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados. Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas”. En resumen, la modificación de las condiciones de la licitación efectuada con posterioridad a la adjudicación del contrato



debe asimilarse a una nueva adjudicación hecha en fraude del derecho de los restantes licitadores, habida cuenta de que de haberse conocido su existencia éstos habrían podido presentar una oferta en distintos términos e incluso podrían haber presentado oferta otros que no lo hicieron.

Resulta así, en conclusión, que el control de las modificaciones contractuales voluntarias en cuanto se refiere a su adaptación a los requisitos que figuran en el pliego es cuestión que por afectar a los principios de igualdad y transparencia en la licitación puede ser objeto de impugnación ante este Tribunal.

Sentando lo anterior y refiriéndolo ahora a la cuestión que se plantea ante este Tribunal, debemos destacar ante todo que la posibilidad de modificar la concesión se haya prevista en la cláusula 16ª del Pliego de cláusulas administrativas particulares al decir que *“El Pliego de prescripciones técnicas recoge, en su Capítulo 20, la capacidad del vertedero municipal, así como el interés que tiene este Ayuntamiento en sacar el mayor rendimiento del mismo, aceptando recibir rechazos de RDs de otros planes zonales, de .. .) de forma que el ingreso extraordinario que se consiga, ayudará a financiar los servicios básicos del contrato. Debido a ello, y ante el posible aumento o minoración de entradas de residuos foráneos en el CETRA, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 4 del Capítulo 20, en el apartado 2 del Capítulo 24 y en el Capítulo 28 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares por las que se regirá la gestión del servicio de regencia”*, remisiones que se refieren precisamente a la posibilidad de modificar el contrato. La primera de ella en el capítulo 20 del pliego mencionado a cuyo tenor *“En el supuesto de que existan solicitudes de tratamientos de residuos foráneos que superen, en total, la cantidad de 6.000 toneladas al mes, el Ayuntamiento decidirá si se autoriza sobrepasar dicha cantidad y, por consecuencia, implementar un cuarto turno de trabajo en las instalaciones del CETRA. El mayor coste que dicha implantación supondría para la empresa adjudicataria, se compensaría disminuyendo, en la cuantía en que se cifren dichos costes, la cantidad que mensualmente se descontará a la adjudicataria de su certificación por los ingresos que haya obtenido por el tratamiento de los residuos foráneos durante el mes en cuestión”*.

La segunda se regula en el capítulo 24, de conformidad con el cual *“El adjudicatario se compromete a efectuar las ampliaciones y reducciones del servicio, que se le soliciten,*



*dentro de lo previsto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Las ampliaciones, reducciones de los servicios por aumento, disminución de su ámbito de aplicación, frecuencia, horarios y cualquier motivo semejante se efectuarán, una vez aprobadas por el Ayuntamiento, formando parte desde ese momento de las correspondientes certificaciones mensuales. Cada año, se tramitará asimismo la oportuna modificación del contrato que incluirá todas aquellas modificaciones acaecidas hasta la fecha y que no hayan sido objeto de tramitación anterior”.*

En el acuerdo aprobado por la Junta de Gobierno Local se incluye una modificación derivada de la implantación de un cuarto turno en CETRALICANTE, de conformidad con lo previsto en el capítulo 20 del pliego de prescripciones técnicas, que debe por tanto, considerarse como una modificación prevista en el pliego, susceptible en principio de revisión ante este Tribunal. Por el contrario, las otras dos a que el citado acuerdo se refiere (quebranto por reducción del precio de la energía eléctrica vendida y nuevas inversiones derivadas del Plan Integral de Residuos de la Comunidad Valenciana) no reúnen los requisitos de ninguno de los supuestos previstos y, por consiguiente, deben excluirse del conocimiento de este Tribunal en aplicación del artículo 40.2, párrafo antes transcrito.

Centrada de esta forma la materia, la posibilidad de análisis en esta vía se reduce exclusivamente a la comprobación de si los términos en que pretende aprobarse la modificación se ajustan a los previstos en el pliego o si, por el contrario, se separan de él. En el primer caso, el órgano encargado de resolver el recurso debería hacerlo en sentido favorable a la modificación y en el segundo declarar su improcedencia. En tal supuesto, sólo en el caso de llevar a efecto una nueva licitación y posterior adjudicación cabría mantener la modificación contractual.

**Cuarto.** De cuanto antecede resulta que el Tribunal sería competente para conocer por razón del acto impugnado en el caso que nos ocupa. Queda, sin embargo, por dilucidar la cuestión de si también lo es por razón del contrato a que afecta la impugnación.

A este respecto debemos indicar que el contrato ha sido calificado como de gestión de servicios públicos, concretamente en la modalidad de concesión, calificación que no ha sido cuestionada por ninguno de los interesados intervinientes en el recurso. Este mismo Tribunal aceptó ya tal calificación en la resolución 268/2013, de 10 de Julio, en la que



inadmitimos el recurso interpuesto en base al no cumplimiento del requisito relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento previsto en la letra c) del artículo 40.1 TRLCSP.

En efecto, en aquella resolución dijimos *“de conformidad con el artículo 40.1 del TRLCSP son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos relacionados en el apartado 2º del mismo precepto, cuando se refieran a los tipos de contratos que a continuación se enumeran, entre los cuales, en la letra c) se señala lo siguiente: “[...] 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”*. En los contratos de gestión de servicios públicos, por tanto, se exige la concurrencia cumulativa de dos requisitos para la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación: que el plazo de duración sea superior a cinco años, y que el *“presupuesto de gastos de primer establecimiento”* sea superior a 500.000 euros, excluido el IVA. Siendo así que la concurrencia del primer requisito no plantea duda alguna en el supuesto sometido a examen –el contrato tiene una duración de ocho años, con posibilidad de dos prórrogas de dos años–, nuestro análisis se debe centrar en el segundo de los requisitos, relativo al importe de los gastos de primer establecimiento.

Pues bien, en relación con la previsión contenida en el inciso 1º del artículo 40.1.c) del TRLCSP, lo primero que debe destacarse, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en anteriores ocasiones, es la dificultad de su aplicación, por cuanto no existe en la normativa vigente en materia de contratación una definición de lo que ha de entenderse por *“gastos de primer establecimiento”*. Después de efectuar un detenido análisis de la cuestión, este Tribunal ha señalado en su Resolución nº 43/2012 que la expresión debe entenderse como 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 la 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”*. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón, en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, citado por este Tribunal en la Resolución arriba citada, afirma que, integrando el concepto de *“gastos de primer establecimiento”* con las previsiones del





*Reglamento de Servicios aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, cabe concluir que el presupuesto de gastos de primer establecimiento debe incluir “todas las inversiones que sean precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras”. Trasladando dichas conclusiones al supuesto concreto examinado hemos de señalar que, tras examinar el contenido de los pliegos, no se observa referencia alguna al presupuesto de gastos de primer establecimiento y tampoco parece que se imponga a la empresa que resulte seleccionada la obligación de realizar determinados gastos o inversiones, como exigencia necesaria para la puesta en marcha del servicio cuya gestión se le ha de encomendar cuya cuantificación sea superior a 500.000 euros. Por tanto, parece claro – tal como mantiene la UTE licitadora en su escrito de alegaciones- que no concurre el primero de los requisitos legalmente exigidos para la impugnabilidad del acto recurrido por el cauce del recurso especial en materia de contratación”.*

Procede, en consecuencia, inadmitir el presente recurso.

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 D. G. M. R. A., como concejal del Ayuntamiento de Alicante, perteneciente al Grupo Municipal Socialista del mismo, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por la que se acuerda la modificación del contrato de gestión de servicios públicos relativo a la “Gestión del servicio público del Municipio de Alicante de limpieza viaria, recogida de residuos domésticos y tratamiento, valorización y eliminación de residuos domésticos o no peligrosos”, que se confirma en todos sus extremos.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del



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