

Recurso 87/2016**Resolución 141/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de junio de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Morón de la Frontera adoptado en fecha 7 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y recogida-transporte de residuos sólidos urbanos y asimilables del Municipio de Morón de la Frontera” (Expte. P7/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 6 de febrero de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla y en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 17.300.032,92 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la ahora recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento, el 7 de abril de 2016 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato.

La citada resolución fue remitida a los licitadores el 12 de abril de 2016.

CUARTO. El 27 de abril de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa URBASER, S.A. contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Morón de la Frontera, de 7 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato mencionado.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 28 de abril de 2016, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriéndole el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones en relación con la solicitud de mantenimiento de la suspensión automática instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada la citada documentación en el Registro de este Tribunal el 5 de mayo de 2016.



SEXTO. El 10 de mayo de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles. El mismo 10 de mayo, la entidad VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. solicitó vista del expediente para la formulación de sus alegaciones en relación al recurso especial interpuesto. Tras la vista del expediente, que tuvo lugar el 12 de mayo de 2016, dicha entidad presentó sus alegaciones dentro de plazo, siendo estas las únicas presentadas.

SÉPTIMO. El 11 de mayo de 2016, este Tribunal dictó resolución manteniendo la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter



especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que “*En el caso de que*



las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquellas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Morón de la Frontera ha remitido escrito a este Tribunal en el que comunica que no dispone de un órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.



En primer lugar, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de este, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato en los pliegos como gestión de servicio público, mediante concesión, en el que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP, mientras que la recurrente sostiene en su escrito de impugnación que el contrato adjudicado es de servicios y por tanto, susceptible de recurso especial, siendo, a su juicio, errónea su calificación como contrato de gestión de servicios públicos por parte del órgano de contratación.

Según el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), el contrato tiene por objeto la contratación de la concesión administrativa del servicio de limpieza viaria y recogida –transporte de residuos sólidos urbanos-, con un presupuesto máximo anual de 1.441.669,41 euros, más el IVA correspondiente y un plazo de ejecución incluidas las posibles prórrogas de 12 años, sin que se prevea la existencia de gastos de primer establecimiento.

La calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en el TRLCSP, pues es preciso determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa para determinar el carácter impugnabile del acto administrativo que se recurre.

A la fecha de publicación de la licitación -6 de febrero de 2015-, no había vencido aún el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Este vencimiento ha tenido lugar el 18 de abril de 2016, siendo incuestionable que, a partir de esta fecha, la definición de <<riesgo operacional>> contenida en el artículo 5 de la citada Directiva surte plenos efectos jurídicos y determinará que un contrato deba calificarse como concesión o como servicio en función de que



dicho riesgo se haya transferido o no al contratista. Dice así el artículo 5 de la Directiva “(...) Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

No obstante, pese a que el plazo de transposición de la Directiva (18 de abril de 2016) no había transcurrido a la fecha de publicación de la licitación, lo cierto es que la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o como servicio ya había sido abordada con profusión por este Tribunal y por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre, 180/2014, de 3 de octubre, 139/2015, de 21 de abril, 149/2015, de 28 de abril y 41/2016, de 18 de febrero, de este Tribunal).

En tal sentido, la jurisprudencia comunitaria, a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5 viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. las sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater).



Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicios públicos y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede. Como ya se ha indicado, el objeto del contrato, según señala el PCAP, es la concesión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos, con un plazo de duración inicial de diez años, prorrogable hasta dos años más, sin que la duración total pueda exceder de doce años.

Del examen del PCAP y en concreto de su cláusula 9 relativa a la *“valoración y abono de la prestación”* se desprenden que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados a cambio de un precio prefijado en la adjudicación por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que, en términos de la Directiva 2004/18 y del propio TRLCSP, se denomina prestador de servicios.

Así, dicha cláusula establece que el pago del precio será satisfecho *“mediante el sistema de certificaciones o facturas de los trabajos efectuados, aprobadas por la Administración, que se harán efectivas a razón de doce mensualidades vencidas, en cantidad igual a la duodécima parte del importe anual (...)”*, lo que supone, por sí mismo, que podamos concluir que la prestación se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, toda vez que no concurren en aquélla las características definitorias de la gestión del servicio público en los términos previamente expuestos, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio.



Aparte de lo anterior, tampoco se transfiere al contratista una potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues el PPT contiene en detalle indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario para la adecuada prestación del servicio, lo cual abunda en la idea antes expresada de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Como ya se ha manifestado este Tribunal en casos similares al actual, entre otras en las Resoluciones 168/2014 de 4 de agosto, 242/2014 de 27 de noviembre, y 257/2014 de 17 de diciembre, en realidad nos hallamos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios, sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio.

Por todo ello, y en concordancia con lo dispuesto en los apartados 1,a) y 2.c) del artículo 40 del TRLSP, debe entenderse que puede recurrirse en esta vía el Acuerdo de adjudicación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida el 12 de abril de 2016, según justificante de Correos, a la empresa



recurrente, que presentó el escrito de recurso especial en materia de contratación el 27 de abril de 2016 en el registro de este Tribunal. En consecuencia, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente centra su recurso, fundamentalmente, en un único motivo alegando que la oferta de la adjudicataria, VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., incumplía lo establecido en los pliegos y por tanto debió ser excluida.

Al respecto, señala la recurrente que la adjudicataria propuso para la ejecución del servicio un vehículo que no es de nueva adquisición, sino que se trata de uno de los vehículos ya existentes (de titularidad municipal), contraviniendo así lo establecido en el artículo 25 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT). Ello, según la recurrente, le ha permitido no asumir los costes económicos correspondientes a las exigencias mínimas marcadas en los pliegos.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido manifiesta que el artículo 25 del PPT prevé la posibilidad de que el Ayuntamiento, en caso de ser propietario de material útil para los servicios de limpieza y recogida y transporte de RSU (residuos sólidos urbanos), ponga a disposición del adjudicatario los vehículos, maquinaria y material auxiliar de su propiedad. En este caso, entre los medios propiedad del Ayuntamiento que aparecían detallados en el Anexo II del PCAP, se encontraba el camión recolector con grúa para soterrados con matrícula 0476-FRZ.



Asimismo, sigue señalando el órgano de contratación que, una vez deducida la utilidad del camión recolector con grúa para soterrados por datar su matriculación del año 2007, no es necesaria su inclusión entre el material nuevo a adquirir, pues este estará a disposición del adjudicatario.

Por último, señala el órgano de contratación en su informe que la propia URBASER, en la propuesta presentada, recogía como maquinaria de reserva el citado vehículo, por lo que estima correcta la actuación de la Mesa en tanto consideró que tanto VALORIZA como URBASER, al igual que el resto de los licitadores, cumplieron con lo dispuesto en el pliego al considerar como material útil el camión recolector compactador, de carga trasera y superior de 21 m³ Iveco 310 Geesink matrícula 0476-FRZ.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede entrar en el examen de las cuestiones suscitadas.

Como ya se ha expuesto, la recurrente centra su recurso en que, a su juicio, la adjudicataria ha incumplido las previsiones contenidas en los pliegos al ofertar, entre el material propuesto para la prestación del servicio, un vehículo de uso exclusivo que no es de nueva adquisición. En concreto, señala la recurrente que se trata de uno de los vehículos que se ponía a disposición del futuro adjudicatario y cuya titularidad correspondía al Ayuntamiento.

En este punto, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el Pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.



Como ya ha manifestado este Tribunal en numerosas resoluciones, por todas la Resolución 65/2013, de 21 de mayo «*hay que partir del artículo 145 del TRLCSP, según el cual "las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna."*

Por tanto, la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones y debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato».

Sentado lo anterior, hemos de examinar si la empresa adjudicataria cumple o, en su caso, incumple, como afirma la recurrente, las exigencias definidas en el PPT y, de otro lado, si la eventual vulneración es acreedora de la consecuencia jurídica pretendida por la recurrente cual es, la exclusión de su oferta.

Para abordar la cuestión debatida debemos atender a la regulación establecida en los pliegos aplicable al caso concreto. A este respecto, establece el artículo 25 del PPT, bajo la denominación “Material”, lo siguiente:

“Artículo 25. Material.

La totalidad del material móvil necesario para la realización de los servicios contemplados en este Pliego de Condiciones, deberá ser propuesto por los licitadores en sus ofertas, con indicación de sus características técnicas. La maquinaria de uso exclusivo para la realización de los servicios será totalmente nueva. La maquinaria de uso compartido no podrá tener en el momento de la adjudicación una antigüedad superior a los 4 años.



El Ayuntamiento, en caso de que fuera propietario de material útil para los servicios de limpieza y recogida y transporte de RSU, pondrá a disposición del adjudicatario, los vehículos, maquinaria y material auxiliar de su propiedad.

Además del material expresado en el apartado anterior y tal como se ha mencionado, el adjudicatario deberá aportar el material de nueva adquisición que resulte ser necesario para proceder a la prestación de los servicios con arreglo a su oferta, con la aprobación previa del Ayuntamiento.

(...)”

Pues bien, a la vista del tenor literal de la cláusula transcrita, este Tribunal no puede compartir la argumentación de la recurrente, en cuanto a la pretendida obligatoriedad de que toda la maquinaria de uso exclusivo haya de ser de nueva adquisición, pues la redacción del PPT es clara en este punto al señalar que el Ayuntamiento pondrá a disposición del adjudicatario el material útil del que sea propietario para la prestación del servicio, sin que se establezca expresamente ninguna limitación en cuanto al destino de los citados bienes dentro del contrato.

Resulta evidente que el pliego permite a los licitadores que puedan incluir en sus proposiciones los medios puestos a disposición por el Ayuntamiento, siendo que, únicamente respecto de los propuestos por los licitadores en sus ofertas, debía aplicarse el requisito de que estos fuesen totalmente nuevos. Otra interpretación de la citada cláusula haría inocua la previsión del pliego, relegando los citados medios a un papel meramente residual, que en ningún caso es lo pretendido por el pliego.

En el presente supuesto, ambos licitadores, tanto la adjudicataria como la recurrente, incluyeron en sus proposiciones el camión recolector compactador con matrícula 0476-FRZ, la primera con carácter exclusivo para la prestación del servicio y la segunda como vehículo de reserva. Sin que por parte de este



Tribunal pueda hacerse ningún reproche a la actuación llevada a cabo por la Mesa de contratación, que entendió ajustadas a los pliegos ambas propuestas.

Por consiguiente, con base en todas las consideraciones anteriormente efectuadas procede desestimar este motivo de recurso.

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Morón de la Frontera adoptado en fecha 7 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y recogida-transporte de residuos sólidos urbanos y asimilables del Municipio de Morón de la Frontera” (Expte. P7/2015).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 11 de mayo de 2016.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo



Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

