

Recurso 184/2021

Resolución 423/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 28 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.** contra el acuerdo de aprobación de los pliegos, el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Concesión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio en el Municipio de Almería”, promovido por el Ayuntamiento de Almería (Expte. C-18/21), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de abril de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio se publicó el 11 de abril de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados a través del citado perfil al día siguiente.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 24.566.741,6 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.



SEGUNDO. El 30 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L. (MÉMORA en adelante) contra el acuerdo de aprobación, anuncio y pliegos de la contratación.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, siendo recibida la misma con posterioridad en el registro de este Órgano.

El 20 de mayo de de 2021, este Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han formulado en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación

Procede examinar en este fundamento la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, teniendo en cuenta que no consta que haya presentado oferta en la licitación.

El órgano de contratación alega la inadmisión del recurso por indebida acreditación de las facultades de representación de quien suscribe el escrito de impugnación en nombre de la recurrente. Asimismo, con apoyo en doctrina asentada por este Tribunal en sus resoluciones aduce falta de interés legítimo para la interposición del recurso. En concreto, señala que *“aplicada esta doctrina al caso que nos ocupa y tras un análisis exhaustivo del escrito de interposición del recurso podemos afirmar que en ninguno de los motivos esgrimidos por la empresa recurrente para impugnar los pliegos reguladores de la contratación argumenta cómo las supuestas infracciones*



del ordenamiento jurídico que alega impiden o restringen sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad. Se desconoce en qué aspectos puede perjudicarle la calificación jurídica del contrato, la no división en lotes del objeto del contrato, la duración de la concesión, la necesidad de , una vez adjudicado el contrato, aprobar un Ordenanza no fiscal que ha de regular las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario de los servicios públicos de cementerios en cumplimiento de las previsiones contenidas en la LCSP, la posibilidad que se ofrece a los licitadores de realizar una visita a las instalaciones o que en el pliego de prescripciones técnicas se indique que en el objeto del contrato se incluyan prestaciones tales como limpieza, jardinería o mantenimiento.

(...)

De todo ello se concluye que la empresa licitadora utilizando este medio de impugnación que ofrece el ordenamiento jurídico lo que pretende es que el órgano de contratación modifique los pliegos reguladores de la contratación con el fin de conseguir que el objeto del contrato se ajuste a sus intereses empresariales y no al interés general cuya satisfacción es la última finalidad de todo contrato celebrado por una Administración Pública(...).”.

Pues bien, respecto a la inadmisión por indebida acreditación de las facultades de representación de quien suscribe el escrito de impugnación, el alegato del órgano de contratación no puede prosperar. Con el escrito de recurso se adjunta escritura de poder para pleitos otorgado por la entidad recurrente a la persona que suscribe el recurso y entre las facultades recogidas en la escritura se encuentra, en lo que aquí interesa, la de representar y comparecer ante cualquier Autoridad, Delegación, Junta, Jurado, Centro, Oficina o Funcionario del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Organismos Autónomos y demás entes para instar, seguir y terminar como actor, demandado o en cualquier otro concepto toda clase de expedientes.

Posteriormente, en escrito fechado el 20 de mayo de 2021, la persona que suscribe el recurso en representación de la entidad recurrente presentó, tras solicitud de subsanación por este Tribunal, declaración de vigencia plena y no revocación del poder otorgado.

Debe reconocerse, pues, facultad de representación suficiente a quien suscribe el recurso, sin que pueda acogerse el alegato de inadmisión sobre tal extremo esgrimido por el órgano de contratación.

Aparte de la anterior, el citado órgano esgrime otra causa de inadmisión al considerar que la recurrente no ha acreditado interés legítimo para la interposición del recurso. Para ello, se apoya en varias resoluciones de este Tribunal; entre ellas, reproduce parcialmente la relativamente reciente Resolución 71/2021, de 4 de marzo, en la que -con invocación de doctrina previa- señalábamos:

<<Sobre la legitimación para la interposición del recurso especial existe una amplia y consolidada doctrina en este Tribunal basada, a su vez, en la del Tribunal Supremo sobre la exigencia de un interés legítimo. Así, en numerosas resoluciones (entre otras muchas, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de



27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio, 17/2020, de 28 de enero y 172/2020, de 1 de junio) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En su aplicación a supuestos concretos de impugnación de los pliegos de licitaciones públicas, la doctrina del interés legítimo ha sido analizada especialmente por este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 314/2020, de 17 de septiembre, indicábamos:

“Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato”.

Y en la más reciente Resolución 414/2020, de 26 de noviembre, señalábamos:

“CEMEDI funda su legitimación en que su actividad principal tiene relación con la prestación de los servicios médicos objeto del contrato y en que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la licitación. La primera afirmación -coincidencia de su objeto social con el de los pliegos- es un argumento esgrimible para defender la posibilidad de participar en una licitación, pero resulta notoriamente insuficiente para, por sí solo, otorgar legitimación en un recurso frente a aquella.

En cambio, la segunda afirmación -consistente en que los pliegos restringen las posibilidades de acceder a la licitación- sí es un argumento válido para impugnar las cláusulas que impidan o restrinjan dicho acceso en condiciones de igualdad, pero no basta con realizar tal afirmación como si de una “cláusula de estilo” se tratase, sino que hay que fundamentarla en cada caso.



Este Tribunal, a la vista del contenido del recurso -y pese a que CEMEDI no ha justificado en puridad la restricción o impedimento en el acceso que le provocan las cláusulas impugnadas-, ha admitido su legitimación respecto al primer alegato interpretando que tales obstáculos existían a priori objetivamente.

La anterior labor, que es propia de los recurrentes a quienes compete acreditar su interés legítimo según la doctrina expuesta, suele efectuarla el Tribunal cuando constata que el contenido impugnatorio revela con claridad, tratándose de los pliegos, aquellas dificultades o impedimentos. En cambio, tratándose del motivo del recurso analizado en este fundamento de derecho (calificación jurídica del contrato), no es admisible que el Tribunal tenga que “adivinar” cuál es el interés legítimo que asiste a la recurrente en su impugnación, pues nada dice CEMEDI al respecto; se desconoce, pues, en qué aspectos puede perjudicarle la calificación jurídica del contrato que efectúan los pliegos o, a la inversa, en qué puede beneficiarle que el contrato se configure como concesión de servicios. Tampoco se atisba a deducir en qué medida esa calificación jurídica que impugna le ha impedido o limitado participar en la licitación.

Es obvio que, en este caso, el interés legítimo no ha sido acreditado por CEMEDI ni expresa ni tácitamente. El contenido de su recurso en el motivo analizado es un análisis estrictamente jurídico de las diferencias entre las dos figuras contractuales en pugna (servicios y concesión de servicios), sin mostrar disconformidad alguna con ninguna cláusula de los pliegos, ni indicar el perjuicio cierto que pudieran depararle de cara a participar en la licitación o incluso en una hipotética ejecución del contrato.

Llegados a este punto, hemos de concluir que el interés de CEMEDI es un puro interés en defensa de la legalidad que no tiene cabida en el ámbito del recurso especial de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, precepto que pese a su amplitud en el reconocimiento de legitimación, exige un interés legítimo vinculado a la existencia de un perjuicio directo o indirecto ocasionado por el acto recurrido. Dice así su primer párrafo: “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

El criterio expuesto se aprecia, igualmente, en la doctrina de otros Órganos de resolución de recursos contractuales. Así, en nuestra Resolución 156/2020, de 1 de junio, reproducíamos parcialmente la Resolución 326/2020, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que declaraba lo siguiente:



“la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).”

Por último, hemos de mencionar dos sentencias de indudable interés en la materia:

-La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 (Roj: STS 5055/2005) -muy invocada por los órganos de resolución de recursos contractuales, incluido este Tribunal- que analizó la legitimación activa en el marco de la contratación pública declarando que “Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado”.

-La reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 10 de junio de 2020 (Roj: SAN 1288/2020) que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que inadmitía, por falta de legitimación activa, el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra un pliego de cláusulas administrativas particulares. La Audiencia Nacional sostuvo lo siguiente: “La recurrente alega que se ha vulnerado el régimen de publicación de la licitación, pues no se ha realizado la misma en el Diario Oficial de la Unión Europea y se ha vulnerado también el plazo de presentación de ofertas, dado que no se ha respetado el mínimo de 52 días.



(...)

El problema surge cuando resulta que la ahora recurrente decide interponer el recurso contra el anuncio de licitación del concurso en cuestión sin haber participado, simultáneamente, en el concurso por lo que resulta que se plantea si la resolución que se dicte le puede afectar hasta el punto de que pudiera terminar siendo adjudicataria del mencionado contrato.

(...)

Por lo tanto, la parte recurrente se limitó a interponer recurso contra el anuncio por entender que no se cumplían las exigencias de publicidad y solicitó la anulación de la convocatoria, no solicitó que se ampliara el plazo de presentación de solicitudes ni que se modificara la condición del contrato como sujeto a regulación armonizada.

(...)

La convocatoria en las condiciones en que se hizo no impedía a la recurrente participar en la licitación y las pretensiones sostenidas por la recurrente (consideración del contrato como sujeto de regulación normalizada y plazo de presentación de solicitudes) no eran obstáculo para dicha participación.

Resulta de aplicación el criterio de la STJUE (C/230/02) según el cual: "28 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate."

No es aplicable dicho criterio al caso presente puesto que los obstáculos que la parte recurrente aprecia en la convocatoria ni tenían la condición de discriminatorios ni le impedían participar en la convocatoria ya que se referían al plazo de presentación de solicitudes y a la consideración de contratación armonizada.

Procede, pues, la confirmación de la resolución recurrida">>.

Interesa, pues, destacar varios aspectos fundamentales de la doctrina expuesta en los supuestos de impugnaciones de los pliegos por quien no ha participado en la licitación, como acontece en el presente supuesto:

- No basta la mera invocación de la legitimación o la coincidencia del objeto social de la entidad recurrente con el del contrato licitado para considerar legitimado al recurrente.



-Si la entidad recurrente no ha presentado oferta deberá justificar que las condiciones de la licitación le impiden participar o al menos restringen sus posibilidades de hacerlo en posición de igualdad con el resto de potenciales licitadores.

- La justificación del interés legítimo compete a los licitadores. No obstante, su falta de acreditación en el recurso no se ha considerado motivo de inadmisión por parte de este Tribunal y otros Órganos de recursos contractuales en aplicación del principio *pro actione*, siempre que los motivos de impugnación hayan permitido constatar que el contenido de los pliegos impedía o limitaba el acceso a la licitación en condiciones de igualdad a quien los recurría.

- A falta de justificación en el recurso del interés que ampara la impugnación de los pliegos, la mera invocación de infracciones legales en su clausulado -que no permita revelar cuál es el perjuicio cierto que dichas infracciones deparan a los intereses propios y legítimos de la entidad recurrente- determinará de modo inevitable la falta de legitimación de esta; toda vez que no cabe el mero interés en defensa de la legalidad y así se constata en la redacción del artículo 48 de la LCSP.

Bajo estas premisas, procede analizar si, en el presente supuesto, la recurrente ostenta legitimación para la interposición de los distintos motivos del recurso; y lo primero que se observa es que argumenta su legitimación en los siguientes términos: *“MÉMORA es una empresa acreditada de servicios funerarios en todo el territorio español, por lo que está interesada en prestar los servicios objetos del presente procedimiento concurrencial.*

(...)

En la medida en que MÉMORA es una persona jurídica con intereses directos en la participación en el presente procedimiento, que considera que los acuerdos de aprobación del anuncio de licitación, de los pliegos y los documento en sí, adolecen de defectos que pueden suponer la nulidad total del procedimiento.

Consecuentemente, se encuentra plenamente legitimada para la interposición del presente Recurso Especial en Materia de Contratación (“REMC”).

Pues bien, tal fundamentación de la legitimación resulta insuficiente. No basta con que la recurrente alegue que su objeto social le habilita para participar en la licitación, limitándose a mencionar que, teniendo interés directo en hacerlo, los actos impugnados adolecen de vicios de legalidad. Falta la justificación sobre en qué medida tales infracciones le originan un perjuicio cierto que intenta combatir con la estimación del recurso.

Por tanto, si bien *prima facie* y con carácter general no cabe afirmar que MÉMORA haya acreditado su interés legítimo; de conformidad con la doctrina antes expuesta, será en el análisis individual de cada motivo cuando el



citado interés legitimador pueda ser abordado. No procede, pues, acoger a priori el alegato de inadmisión por falta de legitimación que esgrime el órgano de contratación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el anuncio y pliegos de un contrato calificado como concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso contra el anuncio y los pliegos al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.

En lo que se refiere al acuerdo de aprobación de los pliegos -que también es objeto de impugnación-, el mismo no es susceptible de recurso independiente conforme al artículo 44.2 de la LCSP, sin perjuicio de que una eventual estimación del recurso contra los pliegos determinase la anulación de estos y de aquel en los términos previstos en el artículo 57.2 *in fine* de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

Procede, pues, analizar si se ha interpuesto en plazo el recurso contra el anuncio de licitación y los pliegos. El artículo 50.1 letras a) y b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

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

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 11 de abril de 2021 y los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil el 12 de abril. Por tanto, el recurso contra tales actos presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 30 de abril de 2021 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el alegato de error en la tipología contractual en relación con los servicios de tanatorio-crematorio y servicios funerarios.



MÉMORA sostiene que el objeto del contrato de concesión de servicios es la gestión de cinco cementerios municipales, así como la gestión integral y explotación del Tanatorio-Crematorio “Sol de Portocarrero”. Al respecto, manifiesta que la concesión puede recaer sobre el servicio de cementerio, pero no sobre el servicio de tanatorio y crematorio que está fuera del alcance de las competencias municipales exclusivas, a raíz de la aprobación del Real Decreto Ley 7/1966, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Por tal razón, concluye que los servicios funerarios no son ya una competencia municipal y no pueden someterse al régimen del contrato de concesión de servicios definido en el artículo 15 de la LCSP como *“aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*.

Concluye, pues, que ello determina la nulidad de la mayor parte del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por defecto en la configuración del tipo de contrato.

Frente al alegato se alza el órgano de contratación sosteniendo en esencia la inadmisión del motivo por falta de legitimación activa para su formulación -conforme a lo ya expuesto en el fundamento de derecho segundo- y para el caso de que no se estimase dicha causa de inadmisión, opone que la concesión de servicios puede tener por objeto servicios que no sean públicos y que el servicio de tanatorio-crematorio es de competencia municipal.

Pues bien, en el examen del motivo hemos de partir de que, como ya señaláramos en nuestra Resolución 414/2020, de 26 de noviembre, el interés legítimo no ha sido acreditado por MÉMORA en su recurso. El contenido del motivo es un análisis estrictamente jurídico de los servicios que pueden ser objeto del contrato de concesión de servicios en función de que la titularidad de su competencia sea o no municipal, pero sin que la recurrente indique el perjuicio cierto que pueda depararle la inclusión, dentro del contrato de concesión, de los servicios de tanatorio y crematorio.

No obstante, no cabe negarle legitimación teniendo en cuenta -como se verá- que la recurrente conecta este alegato con el siguiente -referido a la falta de motivación adecuada de la indivisión del objeto del contrato- para intentar justificar la necesidad de dividir el contrato, al menos, en dos lotes y así promover una mayor concurrencia. Desde esta perspectiva, es posible apreciar el interés que ampara el motivo aquí expuesto dirigido, en última instancia, a que, previa anulación de los pliegos, se diseñe un objeto contractual que promueva una mayor concurrencia.



Ahora bien, el alegato, en cuanto al fondo, no puede prosperar. El mismo se construye sobre la única base de que si bien el servicio público de cementerio puede ser objeto de concesión, no así el servicio de tanatorio y crematorio; que, según manifiesta MÉMORA, ha dejado de ser competencia municipal y no encaja, pues, en la definición del contrato de concesión de servicios del artículo 15 de la LCSP, precepto que refiere esta figura contractual a servicios cuya prestación sea de titularidad o competencia del poder adjudicador.

Sobre tal extremo no asiste la razón a la recurrente y ello por dos razones:

1. La primera y fundamental es que el contrato de concesión de servicios no solo engloba servicios públicos y que el contrato de servicios puede suponer la prestación directa de servicios propios de la Administración a la ciudadanía. Es más, en la nueva Directiva 2014/23/UE y por ende, en la nueva LCSP que traspone el contenido de aquella, el criterio delimitador entre los contratos de concesión de servicios y de servicios está en la transferencia de riesgo operacional al contratista; de modo que si el poder adjudicador asume el riesgo operacional el contrato será de servicios, mientras que si lo transfiere al contratista estaremos ante la concesión de servicios.

Queda, pues, superada la distinción entre la derogada figura del contrato de gestión de servicios públicos y la del contrato de servicios basada, entre otros motivos, en el carácter público del servicio encomendado por la Administración a un tercero empresario. De este modo, la Exposición de Motivos de la LCSP señala *“la Ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos (el subrayado es nuestro). En consecuencia, se establece la aplicación específica y diferenciada de determinadas normas a la concesión de servicios cuando esta se refiera a servicios públicos (...)”*. Por otro lado, los contratos de servicios pueden implicar la prestación directa por el contratista de servicios públicos a la ciudadanía, pues la clave está -como ya se ha dicho- en que dicha prestación no suponga la transferencia de riesgo operacional al contratista por parte del poder adjudicador.

Precisamente por ello cada una de estas figuras (concesión de servicios y contrato de servicios) tiene una regulación particular cuando recaigan sobre servicios públicos; en tal sentido, el artículo 284.2 de la LCSP señala para la concesión de servicios que *“Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”* y el artículo 312 del citado texto legal reitera en idénticos términos, para el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía, el contenido que se acaba de transcribir del artículo 284.2 para la concesión de servicios.



2. La segunda razón es que, como señala el órgano de contratación en su informe, el servicio de tanatorio crematorio sigue siendo una competencia municipal, aun cuando la liberalización de los servicios funerarios por el Real Decreto Ley 7/1996 conlleve que el Ayuntamiento no pueda prestar dicho servicio en régimen de monopolio o prevalencia.

Procede, pues, desestimar el primer motivo del recurso basado en la errónea calificación como concesión de servicios de la prestación consistente en la gestión integral y explotación del Tanatorio-Crematorio “Sol de Puertocarrero”.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la falta de adecuada motivación relativa a la no división del objeto del contrato en lotes.

MÉMORA solicita la nulidad de la licitación por vulneración del artículo 99.3 de la LCSP, al poderse dividir el objeto del contrato en lotes y favorecer de este modo la participación en la licitación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES). Justifica este alegato en los siguientes argumentos:

1. El órgano de contratación justifica la no división del objeto del contrato en lotes por mor del mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión de servicios. No obstante, si la concesión licitada no puede recaer sobre la totalidad de prestaciones incluidas en su objeto porque el servicio de tanatorio y crematorio no son competencia municipal, la justificación esgrimida resulta del todo insuficiente. A su juicio, existen otros mecanismos -como la creación de una sociedad de capital mixto, la enajenación o el arrendamiento de patrimonio- *“que permiten el libre disfrute de la instalación de tanatorio crematorio fuera del escenario del contrato de concesión de servicios, representando -asimismo- un beneficio para la Tesorería Municipal”*.

En definitiva, si los servicios de tanatorio y crematorio responden a una tipología contractual distinta, con más razón el objeto del presente contrato hubiera podido dividirse en lotes; como mínimo en dos: a) servicio de gestión de cementerio y b) servicios funerarios: tanatorio y crematorio.

2. Según se indica en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), determinadas prestaciones accesorias como jardinería, limpieza y mantenimiento tienen entidad suficiente para ser prestadas con independencia de las principales; y así parece comprenderlo el propio órgano de contratación cuando en el PCAP establece la posibilidad de que las mismas sean objeto de subcontratación.

3. Teniendo en cuenta la amplitud del objeto del contrato -a nivel de prestaciones y a nivel territorial- que aglutina la prestación de servicios principales y accesorios en los cinco cementerios de Almería y en un tanatorio-crematorio, sería posible la división en cinco lotes, tantos como cementerios.



Frente al motivo expuesto, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo, aparte de la causa general previa de inadmisión del recurso en todos sus motivos por falta de interés legítimo a la que nos hemos referido anteriormente, que existe una justificación adecuada de la indivisión del objeto y que la configuración del objeto del contrato le corresponde a él, además de que no se impide la concurrencia de las pequeñas y medianas empresas a través de la subcontratación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Así, respecto a la inadmisión del motivo por falta de legitimación, hemos de señalar que MÉMORA esgrime la procedencia de la división como modo de facilitar la participación de las PYMES. Ciertamente, expone el alegato de un modo aséptico sin argumentar que la falta de división del objeto le haya impedido efectivamente participar en la licitación; no obstante, sobre la base de que la indivisión del objeto pudiera constituir un obstáculo a la efectiva participación como licitadoras de las PYMES, resulta aventurado negar legitimación a la recurrente para su denuncia, aun cuando no concrete en qué medida la posible restricción de la concurrencia le haya podido afectar para presentar oferta en esta licitación.

Entrando, pues, en el fondo del motivo, MÉMORA solicita la nulidad de la licitación por vulneración del artículo 99.3 de la LCSP, al considerar que es posible dividir el objeto del contrato en lotes.

Al respecto, el artículo 99.3 de la LCSP dispone que *“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.



La regla general en nuestra normativa contractual ha sido la unidad del objeto, debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes. No obstante, la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública señala en su considerando 78 que la contratación pública debe adaptarse a las necesidades de las PYMES y a tal efecto, para favorecer la concurrencia, procede animar a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes.

De este modo, el artículo 46.1 de la Directiva establece que los poderes adjudicadores, en caso de que no dividan el objeto del contrato en lotes, deberán justificar su decisión, recogiendo esta previsión el artículo 99.3 de la LCSP en los términos que hemos transcrito. Así pues, la regla general en el nuevo contexto legal debe ser la división, lo que no obsta a que los órganos de contratación puedan mantener la unidad del objeto contractual con una motivación válida en el expediente.

En el supuesto analizado, la recurrente centra sus argumentos en la posibilidad de división, más que en la insuficiencia de la motivación esgrimida por el órgano de contratación para justificar la unidad del objeto, la cual solo ataca formalmente, pero sin combatirla con argumentos de fondo. En este punto, no puede perderse de vista que la LCSP habilita, con la previa y adecuada motivación, a los órganos de contratación para no fraccionar el objeto de contratos que, desde un punto de vista material, sí son susceptibles de división. Por tanto, el debate no puede ser el que pretende la recurrente, a saber que se divida el objeto configurándose lotes en los términos que expone en su escrito; sino si la justificación para no dividir ofrecida por el órgano de contratación puede estimarse válida, cuestión en la que MÉMORA no entra directamente y que es la que realmente debería haber combatido, pues la excepción al fraccionamiento también está prevista en el artículo 99 de la LCSP.

Así, el apartado 1.3 del PCAP, bajo el título “Justificación de la no división del objeto del contrato en lotes”, señala que “De conformidad con lo establecido en el artículo 99.3 de la LCSP se ha decidido no dividir en lotes el objeto del contrato por los motivos que se exponen a continuación:

No se tiene previsto la división en lotes del objeto del presente contrato debido a que con el mismo contrato se pretende la explotación y gestión integral de los servicios, asumiendo el concesionario los riesgos que ello comporta, circunstancia que chocaría con una disgregación de las prestaciones en contratos diferentes. Así, existe un motivo financiero para garantizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y que liga las prestaciones que lo componen a un mismo adjudicatario, ya que el contrato está configurado para que se financien completamente las inversiones y los gastos derivados de la explotación del servicio, junto con un margen de beneficio industrial, con los ingresos procedentes de las contraprestaciones económicas que pagarán los usuarios del servicio durante el tiempo de la concesión. Esta cuestión imposibilita una división por lotes del contrato para



que sea ejecutado por una pluralidad de contratistas diferentes. Circunstancias que quedan reflejadas en el estudio de viabilidad del contrato aprobado por esta Administración”.

Pues bien, a falta de argumentos de la recurrente que combatan la motivación expuesta y vista la justificación de la unidad del objeto contractual que establece el PCAP, no se aprecian motivos para negar la razón al órgano de contratación cuando -apelando, asimismo, al estudio de viabilidad que no ha sido impugnado y en el que figura tanto el coste de las inversiones y gastos de explotación del contrato proyectado como la previsión de ingresos que percibirá el concesionario durante el tiempo de la concesión- arguye la necesidad de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión como argumento que desaconseja la disgregación en lotes, *“pues en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, que es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.*

Asimismo, ha de darse también la razón al órgano de contratación cuando esgrime que la configuración del objeto del contrato corresponde a la Administración contratante, sin que esta facultad reconocida por ley (artículo 28.1 de la LCSP) a los órganos de contratación de las entidades del sector público pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores. Al respecto, señalábamos en nuestra Resolución 267/2020, de 30 de julio, que:

«(...)este Tribunal ha venido aplicando una sólida doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora configurar el objeto del contrato (v.g., entre otras, Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre, 203/2017, de 13 de octubre, 109/2018, de 25 de abril y 230/2020, de 2 de julio), conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y, por tanto, su división o no en lotes, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES. En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí debe referirse a las



concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación. Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada expediente para poder determinar si la justificación ofrecida por el órgano de contratación es suficientemente expresiva de dichas razones o no, único elemento al que podría en su caso alcanzar la revisión de este Tribunal que, por lo demás, tiene vedada la supervisión de la corrección técnica de dicha decisión, en virtud de la doctrina de la discrecionalidad técnica que resulta de plena aplicación a esta cuestión».

En el supuesto analizado, el órgano de contratación, haciendo uso de su discrecionalidad en la configuración del objeto y justificando en el propio PCAP las razones que harían inviable la concesión si se disgregara su objeto en lotes independientes susceptibles de adjudicarse a empresarios distintos, ha motivado suficientemente a juicio de este Tribunal la unidad del objeto, sin que pueda prosperar el alegato de división que esgrime la recurrente obviando las circunstancias que concurren en la presente licitación, así como la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales que se han expuesto.

El motivo debe, pues, desestimarse.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la duración del contrato.

MÉMORA impugna la cláusula 7.2 del PCAP (en realidad es la cláusula 7.1 del citado pliego) cuyo tenor es el siguiente: “ *El plazo de ejecución del contrato será de QUINCE AÑOS (15) AÑOS y comenzará a contar a partir de la fecha de formalización del contrato.*

En todo caso, en relación con el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 29.6 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 288.a) de la LCSP, el concesionario estará obligado a prestar el servicio con la continuidad convenida.

En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato”.

La recurrente, tras expresar su opinión contraria al plazo de duración de la concesión, centra su impugnación en el último párrafo de la cláusula 7.1 “*En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato*”.

En este sentido, alega que la LCSP prevé excepcionalmente la posible ampliación del plazo de duración del contrato cuando se den varias circunstancias, a saber: (i) que el anuncio de la nueva licitación se haya publicado, al menos, tres meses antes de la expiración del contrato en curso; (ii) que, en el momento del vencimiento del



contrato original hayan sucedido acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación en el proceso de adjudicación que impidan la formalización del nuevo contrato una vez expirado el original; (iii) que la interrupción del servicio licitado cause un perjuicio al interés general, debiendo continuar su prestación; y (iv) que la extensión del contrato original no se demore más de nueve meses.

No obstante, arguye que la redacción de la cláusula 7.1 *in fine* “*da a entender al licitador que la duración del contrato deberá ser extendida hasta que el órgano de contratación formalice el nuevo contrato. El problema es que dicha cláusula no incluye el valor condicional de dicha extensión, vinculada al hecho de que, para que opere la extensión temporal, deben darse todos los requisitos enumerados en el párrafo anterior.*

En conclusión, la ampliación temporal del contrato inicial no puede dejarse al libre arbitrio del órgano de contratación -al contravenir lo dispuesto por el artículo 9.3 de la Constitución Española-, toda vez el artículo 29.6 LCSP es claro en relación con la duración limitada de los contratos”.

Frente al alegato expuesto, el órgano de contratación opone que la cláusula impugnada es ajustada a derecho y que la recurrente no justifica en qué medida su tenor le ha impedido o restringido sus posibilidades de acceso.

Pues bien, aun cuando el motivo de impugnación analizado es una mera denuncia de ilegalidad de una cláusula del PCAP sin expresión alguna del perjuicio que su redacción haya podido deparar a la recurrente en orden a su participación en la licitación, solo cabría amparar su interés legítimo en la impugnación apelando al eventual perjuicio que una duración indeterminada del contrato pudiera provocar. No obstante, la recurrente no ha presentado oferta en la licitación, ni puede resultar por tanto adjudicataria del contrato proyectado por lo que, en esencia, no le afecta en modo alguno la supuesta indeterminación temporal que el contrato pudiera tener para el futuro contratista.

Ello sería suficiente para apreciar su falta de interés legítimo al esgrimir el presente motivo. En cualquier caso, y a mayor abundamiento, no cabe apreciar la ilegalidad invocada. El tenor de la cláusula 7.1, en su inciso final, coincide con la dicción literal del artículo 288 a) de la LCSP referido a las obligaciones generales del concesionario de servicios, por lo que ningún vicio de legalidad puede imputarse a la cláusula en cuestión.

El motivo debe, pues, desestimarse en todo caso.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre la contravención del artículo 153 de la LCSP por condicionar un criterio de adjudicación a la futura aprobación de una Ordenanza no fiscal.



MÉMORA impugna parte del contenido de la cláusula 6.3 del PCAP referida al precio del contrato, cuyo tenor es el siguiente:

“El cuadro tarifario indicado parte de las contraprestaciones fijadas en la Ordenanza número 8, por la que se regula tasa por servicio de Cementerios Municipales, y en la ordenanza número 47 relativa a Precio Público por Servicios de Cementerios Municipales (publicadas en el BOP de Almería de 5 de abril de 2016).

Los licitadores deben presentar en su oferta una propuesta sobre el cuadro tarifario anteriormente indicado, (una vez tenido en cuenta el correspondiente Plan económico-financiero del contrato) para los diferentes servicios que comprenden la explotación objeto del este contrato, siendo la rebaja porcentual de las tarifas máximas anteriormente indicadas uno de los criterios de adjudicación establecidos para el presente contrato.

Tal y como figura en el cuadro tarifario debemos diferenciar en el presente contrato dos tipos de contraprestaciones:

a) Contraprestaciones por “Servicios obligatorios”, que tienen la consideración de tarifas (es decir, contraprestaciones establecidas coactivamente por la prestación de los servicios públicos de cementerios locales, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios de carácter local. Artículo 20.4 del TRHL).

En este caso, una vez adjudicado el contrato, y de acuerdo con la oferta más ventajosa aceptada por el órgano de contratación, se debe proceder a la aprobación por parte de este Ayuntamiento de Almería de una Ordenanza no fiscal por prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario de los servicios públicos de cementerios, de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público(...).”

La recurrente esgrime que el criterio de adjudicación consistente en la rebaja de las cuantías previstas en las Ordenanzas 8 y 47 actuales, cuyos importes resultantes se reflejarán en una futura Ordenanza pendiente de aprobación una vez adjudicado el presente contrato, no cumple con los requisitos previstos en la LCSP puesto que, en sede de tramitación de la futura Ordenanza, es posible que los importes propuestos por el adjudicatario no sean aceptados por el Pleno o sean impugnados en sede de audiencia pública. Ello, a juicio de MÉMORA, comportaría dos consecuencias:

- 1) Supresión del carácter contractual de la oferta del adjudicatario, la cual podría verse modificada por un procedimiento ajeno al de contratación, con contravención expresa del artículo 153.1 de la LCSP.
- 2) Trato desigual entre los licitadores y falta de transparencia en el procedimiento *“en el caso de que el importe finalmente incluido en la nueva Ordenanza sea el indicado por uno de los licitadores cuya oferta no fuera la económicamente más ventajosa .Vulneración del artículo 1 LCSP”*.



En su informe al recurso, el órgano de contratación se alza frente al alegato defendiendo -con los argumentos señalados en su informe- la legalidad de la cláusula impugnada; asimismo, aduce que la recurrente no ha manifestado en qué medida dicha cláusula del pliego le ha impedido o restringido sus posibilidades de acceso a la licitación en condiciones de igualdad.

Hemos de comenzar, pues, con esta alegación del órgano de contratación que incide directamente sobre el interés legítimo de la recurrente para esgrimir el motivo de impugnación expuesto. En este caso, al igual que en el abordado en el fundamento anterior, la recurrente no expresa ni siquiera tácitamente el perjuicio que la redacción de la cláusula 6.3 del PCAP le haya podido provocar en orden a su participación en la licitación, por lo que su interés legítimo solo podría estar amparado en el eventual perjuicio que para el adjudicatario pudiera suponer la aprobación en una futura Ordenanza Municipal de unos precios distintos a los propuestos en su oferta económica. Ahora bien, como la recurrente no ha presentado oferta en la licitación, no puede resultar adjudicataria del contrato proyectado por lo que, en esencia, no le afecta en modo alguno la supuesta ilegalidad de la cláusula que impugna.

Ello sería suficiente para apreciar su falta de interés legítimo al esgrimir el presente motivo. En cualquier caso, de tener que entrar en el fondo del asunto, el motivo habría de ser igualmente desestimado. La cláusula 6.3 del PCAP -que anteriormente se ha transcrito- cumple lo dispuesto en el artículo 289 de la LCSP conforme al cual las contraprestaciones económicas a las que tiene derecho el concesionario, que se denominarán tarifas, tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario y en el artículo 20.6 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cuya redacción es la siguiente:

“Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, **las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza**. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas”.* (la negrilla es nuestra).



Por consiguiente, a la luz de los preceptos examinados, teniendo las tarifas que abonarán los usuarios la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, resulta necesario la aprobación de una ordenanza no fiscal que las regule.

Asimismo, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, teniendo en cuenta que las normas reguladoras de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario no establecen unas reglas para determinar su importe y que el Tribunal Constitucional -en la Sentencia 63/2019, de 9 de mayo- remite para ello a los preceptos que la LCSP dedica a la regulación del precio del contrato, deberá acudir a la regulación de la citada norma legal. Ello determina que, en el procedimiento de tramitación de la ordenanza no fiscal que regule las prestaciones patrimoniales de aplicación a la presente concesión, difícilmente podrán verse alteradas las tarifas ofrecidas por el licitador que resulte adjudicatario.

Por último, también se ha de dar la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que no se produce la vulneración del principio de igualdad de trato que denuncia la recurrente, por cuanto las previsiones del PCAP sobre el precio del contrato y el criterio de adjudicación relativo a la oferta económica (más concretamente el subcriterio de adjudicación incluido en el mismo denominado “Mejora precios de Tarifas y precios privados”) se aplicarán a cualquiera de los licitadores que resulte adjudicatario, siendo así que todos ellos conocen con anterioridad a la formulación de sus ofertas el procedimiento administrativo que se ha de observar para posibilitar la aplicación de las tarifas contenidas en la oferta del licitador que resulte adjudicatario.

Por cuanto se ha argumentado el alegato de la recurrente no puede prosperar.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre la ilegalidad del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor consistente en “propuesta técnica de mantenimiento”, por vulnerar el principio de igualdad de trato e incluir una cláusula de territorialidad.

MÉMORA impugna el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor establecido en el Anexo XIV del PCAP y que tiene el siguiente tenor:

“Propuesta técnica de mantenimiento de edificios e instalaciones y el sistema de aseguramiento de la calidad del servicio. (2,5 puntos).

Para la propuesta técnica de mantenimiento se valorará el perfecto conocimiento de las instalaciones a mantener, tanto en tamaño como en características técnicas, y las necesidades de que son objeto. También se valorará el conocimiento de la operativa de las instalaciones y maquinaria. Mediante nota informativa que se publicará en el perfil del contratante del órgano de contratación alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público se



facilitará una fecha de visita a los licitadores interesados en la que se recorrerán las instalaciones para que puedan así precisar en la oferta.

Se otorgará la mayor puntuación a la oferta que sea más concreta, más detallada, ofrezca una mayor justificación y coherencia y mejor satisfaga las necesidades del Ayuntamiento de Almería de conformidad con los requisitos y condiciones exigidos en el PPT. La puntuación de las restantes ofertas se realizará proporcionalmente respecto a la que obtenga mayor puntuación”.

La recurrente esgrime que el criterio transcrito infringe el principio de igualdad de trato entre licitadores, pues limita el acceso completo a dicha información por parte de los empresarios que no se encuentren en Almería o en sus cercanías. Señala que el artículo 138 LCSP es claro cuando prevé que la documentación que rige la licitación debe ser facilitada por medios electrónicos en el perfil del contratante. Y concluye que la visita propuesta en el criterio de adjudicación impugnado debería completarse con la publicación en la Plataforma de Contratación de material gráfico o soporte visual -fotografías, planos, etc.- en el que se reprodujera la visita “*in situ*” a fin de menguar la desigualdad entre licitadores no residentes en Almería o cercanías que no puedan acudir a la misma. De este modo, todos los licitadores, independientemente del lugar desde el cual postulen, podrán tener acceso a toda la información necesaria para formular su oferta y optar a la totalidad de la puntuación.

Frente al motivo expuesto, opone el órgano de contratación que ha puesto a disposición de todos los potenciales licitadores la documentación necesaria para el conocimiento de las instalaciones mediante su publicación en el perfil y que ningún licitador ha hecho uso de su derecho a solicitar información adicional conforme a lo previsto en el artículo 138 de la LCSP.

Pues bien, el motivo tampoco puede prosperar. La visita a las instalaciones no se establece como obligatoria para la presentación de la oferta y únicamente se prevé en el criterio de adjudicación impugnado como un modo de facilitar a los licitadores la concreción de su proposición. Si la LCSP permite establecer como obligatoria, bajo ciertas condiciones, la visita sobre el terreno o previa consulta “*in situ*” en su artículo 136.3, con mayor razón debe amparar su previsión en los pliegos con carácter voluntario para facilitar el conocimiento de las instalaciones sobre las que ha de recaer la oferta.

Es más, el carácter voluntario de la visita, permite asegurar que la documentación publicada en el perfil se estima suficiente por el órgano de contratación para la realización de la oferta, pues en caso contrario podría haber hecho uso de la posibilidad prevista en el citado artículo 136.3 de la LCSP. En este extremo, es de ver que el 12 de abril de 2021 el órgano de contratación publicó en el perfil, junto a los pliegos, determinada documentación descriptiva de las instalaciones con los planos de situación de las mismas. Entre dichos documentos,



mencionados por el órgano de contratación en su informe al recurso y a los que ha accedido este Tribunal a través del perfil, se encuentran:

1. La memoria sobre los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad: en su apartado 1.2 recoge una descripción de todas las instalaciones.
2. Estudio de viabilidad: recoge con detalle todas las instalaciones objeto de la concesión y los planos de situación de las mismas.
3. La cláusula 2 del PPT describe nuevamente las instalaciones y los planos de situación de la distintas instalaciones.

Por último, a la vista de esta documentación publicada en el perfil, si algún licitador hubiese querido solicitar información adicional podría haberlo hecho por el cauce establecido en el artículo 138.3 de la LCSP, previsión legal acogida expresamente en el apartado 26 del Anexo I del PCAP bajo el título *“Plazo de solicitud de información adicional sobre los pliegos”*.

El motivo debe, pues, desestimarse. No se aprecia que el órgano de contratación haya vulnerado el principio de igualdad de trato al prever con carácter voluntario la visita in situ a las instalaciones, posibilidad de la que podrán hacer uso los licitadores y sin que la misma resulta necesaria a los efectos de preparar la proposición habida cuenta de la documentación publicada a tal fin en el perfil de contratante.

DÉCIMO. Fondo del asunto: sobre la licitación del objeto del contrato en dos procedimientos distintos y sobre la adjudicación por lotes de las prestaciones accesorias.

MÉMORA sostiene que algunas prestaciones previstas en el PPT, como las de limpieza, jardinería o mantenimiento, son tareas que pueden y deben ser de objeto de lotes independientes, pues tienen entidad suficiente por sí mismas y distan bastante de la naturaleza de las prestaciones principales de la concesión (servicios funerarios). Así, sostiene que, de estimarse la impugnación efectuada sobre la cláusula 1.3 del PCAP, debería decaer todo el contenido previsto en el PPT relativo a la prestación de dichos servicios secundarios.

Insiste en que una cosa es que el contratista se comprometa a mantener en buen estado las instalaciones municipales y otra muy distinta es que lleve a cabo tareas de mantenimiento, compra o suministro, albañilería y limpieza tan específicas como las que se describen en el citado pliego, de las que a título de ejemplo reproduce la *“Albañilería en urbanización”*.

A su juicio, estos trabajos van más allá de un simple mantenimiento de las instalaciones y son susceptibles de ser prestados por otra empresa especializada en dichas labores, concluyendo que *“Parece evidente que el propósito*



real de la Administración Local se vería mejor satisfecho con la creación de una empresa mixta de gestión de la instalación de Cementerio, como hizo antaño Madrid, que ha acabado municipalizando el servicio íntegramente, como ya hizo Barcelona a través de la empresa municipal CEMENTERIOS DE BARCELONA, S.A. u otras muchas capitales de provincia.

De esta forma se podría dinamizar mejor las necesidades del equipamiento público, mediante concursos independientes, facilitando la participación de otros empresarios del entorno distinto al funerario”.

En su informe al recurso, el órgano de contratación invoca la Ordenanza Municipal reguladora de los Servicios Municipales de Cementerios, Tanatorio y Crematorio de Almería que incluye las prestaciones denunciadas por la recurrente como comprensivas de dichos servicios municipales. Asimismo, sostiene que *“la determinación de las formas de gestión de los servicios, así como el acuerdo de creación de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal, y la aprobación de los expedientes de municipalización corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Almería y no a los potenciales licitadores”.*

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

En efecto, el artículo 3 de la Ordenanza Municipal reguladora de los Servicios Municipales de Cementerios, Tanatorio y Crematorio de Almería dispone, bajo el título “Gestión de los servicios” que:

“(…)Son actividades comprensivas del servicio las siguientes:

- a) Servicios integrales funerarios, organización y administración de los servicios de los cementerios municipales.*
- b) Conservación y mantenimiento de todas las instalaciones en las mejores condiciones y buen estado de uso y conservación.*
- c) Construcción de unidades de enterramiento para atender la demanda de inhumaciones, y ampliación y reforma de las instalaciones existentes.*
- d) Cuidado, limpieza y acondicionamiento de las instalaciones y de todos los terrenos y espacios anexos al servicio.*
- e) Distribución y concesión de parcelas y sepulturas.*
- f) Percepción de derechos, tasas o precios públicos que procedan de los servicios de enterramiento y en general funerarios, por la ocupación de los terrenos y por la autorización de obras.*
- g) Construcción y explotación de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio de tanatorio-crematorio municipal.*

Tanto los servicios de cementerio como los de tanatorio-crematorio, disponen de su propia regulación reglamentaria”. (El subrayado es nuestro).



Así pues, la citada Ordenanza, cuya vigencia se mantiene y es invocada por el propio órgano de contratación en su informe al recurso, prevé el mantenimiento, limpieza y acondicionamiento de las instalaciones como actividades comprensivas del servicio municipal de cementerio, tanatorio y crematorio de Almería.

Aparte de lo anterior, hemos de considerar que las prestaciones del PPT que se combaten en el recurso, dada la complejidad técnica y la dimensión del contrato de concesión examinado, coadyuvan a la adecuada ejecución de su objeto principal, pudiendo entenderse comprendidas en su ámbito propio. Por otro lado, la recurrente anuda de alguna manera la estimación de esta pretensión a la del motivo esgrimido frente a la cláusula 1.3 del PCAP relativa a la *“Justificación de la no división del objeto del contrato en lotes”*, motivo que ha sido desestimado en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, por lo que igual suerte debería correr el alegato analizado en este fundamento.

Por último, hemos de señalar que el presente motivo de impugnación -en los términos en que es articulado- parece construirse con el ánimo de proponer un modelo distinto al diseñado en los pliegos para la prestación de los servicios objeto del contrato, lo que desde luego no es algo que corresponda en modo alguno determinar a la recurrente.

Debe desestimarse, pues, el motivo analizado y con él, el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.** contra el acuerdo de aprobación de los pliegos, el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Concesión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio en el Municipio de Almería”, promovido por el Ayuntamiento de Almería (Expte. C-18/21).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal en resolución de 20 de mayo de 2021 .

TERCERO. 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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

