



Recursos nº 370 y 371/2013 C.A Castilla La Mancha 030 y 031/2013

Resolución nº 346/2013

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

En Madrid, a 4 de septiembre de 2013

VISTOS los recursos interpuestos por D.^a Magdalena Valerio Cordero, concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, y por D. José Luis Maximiliano Romo, también concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El día 21 de junio de 2013 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Guadalajara aprobó en su punto número 26 los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara. Dicho contrato cuenta con un presupuesto anual de 11.881.559,68 € más 1.548.705,68 € en concepto de IVA.

Segundo. En dichos pliegos el contrato citado era calificado como un contrato mixto cuya prestación más importante era la de gestión de servicios públicos y que, en consecuencia, quedaba sujeto a la regulación propia de este tipo de contratos, especialmente en lo que hace al plazo, respecto del cual se preveía el inicial de 17 años.

Tercero. El citado acuerdo, junto con la totalidad del acta de la sesión de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Guadalajara del día 21 de junio de 2013, se notificó al resto de grupos municipales del Ayuntamiento.



Cuarto. El 2 de julio de 2013 el Ayuntamiento de Guadalajara publicó en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de licitación del contrato. Este anuncio se había insertado en el Boletín Oficial de la Provincia el día 24 de junio.

Quinto.- El día 16 de julio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Dña. Magdalena Valerio, que acredita ser concejal del Ayuntamiento de Guadalajara y no pertenecer a la Junta de Gobierno Local, presentó un escrito anunciando la presentación de un recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato. El 18 de julio de 2013, la recurrente interpuso el recurso especial en materia de contratación en virtud del cual se impugnan los referidos Pliegos, dando lugar al recurso 370/2013.

El mismo día 18 de Julio Don José Luis Maximiliano Romo, también concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, interpuso recurso especial en materia de contratación contra los mismos actos sosteniendo, en síntesis, los mismos argumentos que la anterior recurrente. Se adjunta a este recurso un informe de un ingeniero técnico industrial en el que se rebate el informe sobre sinergias que, como veremos, incluye el expediente administrativo. Este escrito dio lugar al recurso 371/2013.

Sexto. En cumplimiento de las normas legales aplicables al presente recurso el órgano de contratación emitió sendos informes en los que rechazaba los argumentos de los recurrentes. A dicho informe acompañaba los expedientes administrativos que incluían, entre otros, los siguientes documentos relevantes:

- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Pliego de Prescripciones Técnicas.
- Informe del Despacho de abogados Cuatrecasas sobre la corrección jurídica de los pliegos.
- Análisis Económico.



- Informe al análisis económico.
- Informe de definición de sinergias.
- Informe sobre la existencia de crédito.
- Informe de fiscalización.
- Informe del Interventor sobre el PCAP.
- Informe de la Secretaría General sobre el PCAP.
- Propuesta de Acuerdo de la Junta de Gobierno aprobando los Pliegos.
- Anuncio de licitación en el BOE.
- Anuncio de licitación en el BOP.

Séptimo. Recibidos los recursos en la sede de este Tribunal, el día 24 de julio de 2013 se acordó resolver acumuladamente las peticiones de suspensión de los recursos 370 y 371/2013, en el sentido de conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de forma que, según lo establecido en el artículo 47 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Los recursos, calificados por los recurrentes como especial en materia de contratación, se interponen ante este Tribunal que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del Convenio celebrado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por una parte y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha el día 15 de octubre de 2012, en aplicación del artículo 41.3, párrafo cuarto, del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



Segundo. El acto señalado formalmente en sus escritos por los recurrentes, los pliegos rectores del contrato, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron tanto el anuncio previo como el propio escrito de recurso, dentro del plazo legalmente establecido para ello.

Cuarto. Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso especial por un concejal del Ayuntamiento que ha aprobado una resolución contra la que se recurre, se ha pronunciado ya este Tribunal, entre otras, en la resolución 21/2013, de 6 de febrero en la que se acepta, en síntesis, la interpretación que se ha realizado sobre esta cuestión tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, reconociendo a aquellos concejales que no forman parte del Órgano Municipal que toma el acuerdo la legitimación para recurrirlo por su mera condición de miembro del Ayuntamiento, y por tanto por ser parte interesada en el correcto funcionamiento de la corporación municipal.

Quinto. Acumulación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 370 y 371 de 2013, ya que guardan entre sí identidad sustancial e íntima conexión al referirse a unos mismos actos impugnados (pliegos) de la misma licitación, y fundarse sus pretensiones en los mismos argumentos.

La existencia de una íntima conexión entre ambos recursos que justifica su tramitación y resolución acumulada tal y como constante jurisprudencia ha exigido -sentencias del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2011 y de 30 de noviembre de 1999- se evidencia en la repercusión que la admisión a trámite y eventual estimación del primero de ellos provocaría en el segundo, que quedaría sin efecto; por el contrario, en caso de

inadmisión o desestimación del primero, sería entonces cuando cobraría sentido el análisis del segundo recurso.

A mayor abundamiento, ambos recursos se dirigen frente a resoluciones adoptadas en el mismo expediente de contratación y existe identidad de razón entre las pretensiones de ambos recursos.

Sexto. Argumentos de las partes.

Aunque con ciertas variantes que iremos mencionando a largo de la presente resolución, lo cierto es que los recursos interpuestos guardan una importante similitud en cuanto a los argumentos en los que se fundan.

I

En ambos casos, el primero de estos argumentos estriba en la incorrecta aplicación del artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público respecto de la posibilidad de fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto. Se señala en los recursos que la Ley exige que estas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

Exponen las partes recurrentes que las prestaciones contenidas en los pliegos no mantienen entre sí ninguna relación de complementariedad, ni existe ninguna causa que exija su consideración y tratamiento como unidad funcional. También se añade que, aunque aparentemente los pliegos contienen un número más limitado de prestaciones, en realidad se trata de hasta 11 prestaciones diferentes respecto de las cuales no se justifica la existencia de relación alguna de complementariedad y que, por tanto, se produce un incumplimiento de las reglas para la elaboración de los contratos mixtos. Ello afectaría el principio de libre competencia y al de selección de la oferta económica más ventajosa, por cuanto todos estos servicios serían adjudicados a una única entidad, cuando sería posible diferenciar varios contratos distintos y adjudicarlos a diferentes empresas, favoreciendo la concurrencia.

Igualmente se alega en este punto que en el informe del Ingeniero de Caminos municipal se establece una circunstancia de pura oportunidad para justificar la existencia de un único contrato, como es la existencia de sinergias y de un importante ahorro económico mediante la tramitación conjunta de todos los contratos en cuestión. En este sentido, se afirma que, en realidad, no se está haciendo referencia alguna al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino a otras cuestiones diversas y no jurídicas, y que no debieron ser tenidas en cuenta a la hora de valorar si la celebración del contrato mixto era o no conforme a derecho.

Los recurrentes afirman, igualmente, a este respecto, que en el informe de la Intervención se establece que, teniendo en cuenta la complejidad de los servicios a gestionar, el pliego de prescripciones técnicas adolece de la debida precisión para abordar las cuestiones que pueden plantearse durante la vida del contrato y aluden al informe de la Junta Consultiva de Cataluña 3/2008, 17 de octubre, en el que se aborda la cuestión referente a los contratos mixtos. Finalmente, en el segundo de los recursos se aporta un informe de un Ingeniero Técnico Industrial en el que se rebate la existencia real de sinergias en las distintas prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

II

En segundo lugar, ambos recurrentes consideran que se ha producido un patente error en la calificación de la naturaleza del contrato, pues éste no puede ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, sino que debe ser calificado como un contrato de servicios. Ello supondría que el régimen jurídico aplicable al contrato, incluso admitiendo que pudiera existir un eventual contrato mixto, no sería nunca el propio del contrato de gestión de servicios públicos, que establece un plazo de duración mucho más extenso, sino el del contrato de servicios, que establece unos plazos más limitados en cuanto a su duración, lo cual, en todo caso, sería beneficioso desde el punto de vista del principio de concurrencia.

Para ello, ambos recurrentes aluden a la naturaleza individualizada de cada una de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato y también a la doctrina y a la jurisprudencia, que vienen considerando que, para que un contrato pueda calificarse

como de gestión de servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. Que se produzca la atribución de la explotación del servicio a los concesionarios mediante la asunción por éstos del riesgo derivado de la explotación.
2. Que tenga lugar la asunción por parte del concesionario de la organización del servicio.

Se cita, en este sentido, el informe 12/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que se expone que el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como competencia por una administración pública, no puede ser calificado como una concesión de servicios públicos si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir, cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable, independiente del grado de utilización del servicio por los usuarios, debiéndose calificar en dicho caso como un contrato de servicios, que es lo que pretenden ambos recurrentes.

En esta línea argumentan que, en este caso, las condiciones establecidas en los pliegos respecto de la retribución del contratista aseguran que estamos en presencia de un contrato en el que no se ha producido ninguna transmisión de riesgos. Consecuentemente, sería incorrecto atribuirle una duración tan extensa como la que figura en los pliegos porque no estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, sino de un contrato de servicios. Abona esta tesis el hecho de que la retribución del contratista se satisfaga directamente por el Ayuntamiento de manera independiente del grado de utilización de los servicios por los usuarios, y también el hecho de que realmente no exista, en opinión de los recurrentes, la asunción de un riesgo más allá del riesgo y ventura típico de todo contrato público. Se cita también el informe 22/2009 de la Junta Consultiva en el sentido de que es necesario que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. Igualmente se invoca la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de marzo de 2011.

III

Considera el segundo de los recurrentes que la incorrecta calificación del contrato habría supuesto, igualmente, la infracción del artículo 132 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por no haberse determinado las prestaciones en favor de los administrados y regulado los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. Asimismo, considera el citado recurrente que se ha producido la infracción de la Ley en lo referente a las normas que regulan la sujeción de determinados contratos a los principios de la regulación armonizada establecidos en las directivas comunitarias. En efecto, si se llega a la conclusión de que el presente contrato no debe ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos sino como un contrato de servicios, la consecuencia es que estaría sujeto a regulación armonizada y ello supondría una patente infracción del procedimiento legalmente establecido, puesto que no se habría producido la publicación del anuncio del contrato en el Diario Oficial de la Unión Europea.

I

El informe del órgano de contratación, que sorprendentemente no se encuentra firmado por ningún componente del mismo, sino por un despacho de abogados, trata de contestar individualizadamente a cada una de las afirmaciones contenidas en los recursos. Así, en primer lugar, realizando una alegación completamente externa a la competencia de este Tribunal, afirma que han sido motivos políticos los que han justificado la interposición del presente recurso, puesto que han sido las fuerzas políticas contrarias a la actualmente gobernante en el Ayuntamiento de Guadalajara las que han interpuesto el recurso.

Ya desde el punto de vista jurídico, los informes del órgano de contratación sostienen que las prestaciones contenidas en el contrato sí que se encuentran vinculados entre sí y, por tanto, no se vulnera lo establecido en el artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Añade que la calificación de la naturaleza jurídica del contrato es correcta, puesto que estamos ante un contrato de naturaleza mixta en el que predomina la prestación del contrato de gestión de servicios públicos.

Consecuentemente, afirma el informe del órgano de contratación que no se ha producido ninguna vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades, puesto que se permite que participen consorcios de pequeñas y medianas empresas.

Respecto de la primera cuestión antes mencionada, la existencia de un contrato mixto, se establece, en primer lugar, que la legislación de contratos permite expresamente en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Contratos la existencia de contratos con objeto múltiple. Añade, a continuación, que el artículo 25.2 de la Ley sólo es aplicable a este contrato en lo que se refiere a las prestaciones que pertenecen a diversas tipologías contractuales y no en las que afectan al contrato de gestión de servicios públicos.

Termina, finalmente, sosteniendo el órgano de contratación que el objeto del contrato cumple íntegramente todos los requisitos establecidos en el citado artículo 25.2 y lo hace en relación con todas las prestaciones en él contenidas. En este sentido, afirma que concurren motivos de interés general que aconsejan la integración de las prestaciones con el fin de obtener una mayor eficiencia en la prestación de los servicios, lo que supondría una prestación más eficiente por un menor precio. Expone que la correcta prestación de algunos servicios está directamente relacionada con la de algunos otros, poniendo ejemplos como el de la limpieza diaria y el de la limpieza de residuos. Además, según los informes del órgano de contratación, habría otras ventajas añadidas, como la integración de las competencias en un único contrato que facilitaría la gestión del control de los servicios públicos externalizados, de manera que el Ayuntamiento tendría un solo interlocutor, facilitando del mismo modo la implantación de un modelo de servicios de prestación inteligente. Cita en apoyo de sus tesis la resolución 188/2011 de este Tribunal, en la que se reconoce la posibilidad de integrar diversas prestaciones para la consecución de los principios del artículo 1 de la ley.

Termina afirmando el órgano de contratación que las prestaciones que integran el contrato sí que se encuentran vinculadas entre sí. Se trataría de cubrir las necesidades más básicas de la población siendo imprescindible, en su opinión, que se preste de forma adecuada para que puedan garantizarse unos estándares de convivencia adecuados. Expone que existe un nexo común que liga a todas las prestaciones del contrato, que se encuentra en las sinergias descritas en el informe a que se hizo referencia en los hechos de la presente resolución. La propia existencia de las sinergias es garantía de la



existencia de una relación de complementariedad en las prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

II

En segundo lugar, el órgano de contratación sostiene que es correcta la calificación del contrato como un contrato mixto en el que prevalecen las prestaciones propias del contrato de gestión de servicios públicos. Para ello afirma que la práctica totalidad de las prestaciones incluidas en el objeto del contrato son propias del contrato de gestión de servicios públicos. Particularmente, expone que todos aquellos servicios mencionados en la Ley de Bases de Régimen Local como propios de la competencia municipal deben ser calificados *ad limine* como servicios públicos sin necesidad de mayores consideraciones. También expone otros casos en los que la jurisprudencia o la doctrina han considerado que determinados tipos de contratos deben incluirse en la categoría de contratos de gestión de servicios públicos.

III

En tercer lugar, en una extensa alegación afirma el órgano de contratación que el contrato sí que transmite el riesgo al contratista. Diferencia, en este sentido, dos tipos de riesgo: el riesgo de disponibilidad y el riesgo de demanda.

Se afirma que en la cláusula 45 del pliego de cláusulas administrativas particulares se configura un sistema retributivo que establece un precio variable en función del cumplimiento de una serie de estándares de calidad vinculados al contrato. Además se incluyen una serie de penalidades por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso del contrato que podrían llegar a ser impuestas al contratista, por lo que su retribución, en ningún caso, podría calificarse como fija.

El órgano de contratación afirma que el contratista va a asumir el riesgo de demanda. Cita como prueba que el contratista estaría obligado a suministrar el consumo eléctrico y a pagar las facturas que este suponga, de manera que el aumento de las facturas no generaría derecho del contratista a percibir un precio mayor, trasladándosele, por tanto, el riesgo de demanda.



Concluye finalmente que, por todas las razones antes expuestas, no se producido una vulneración de los principios de libre concurrencia y de igualdad de los licitadores. Particularmente, por lo que se refiere a la primera de las cuestiones expone que los mecanismos contenidos en los pliegos recurridos permiten perfectamente la participación de cualquier empresa en el procedimiento de selección del contratista, y se refiere a las fórmulas que establece la legislación de contratos para permitir las uniones temporales de empresas, la acreditación de la solvencia a través de medios externos y otros medios similares.

Respecto del informe presentado con el segundo recurso en relación a la no concurrencia de sinergias en relación con las prestaciones objeto del contrato, se afirma inicialmente que este informe no puede ser tenido en cuenta por la falta de imparcialidad de quien lo emite, al ser miembro del grupo de Izquierda Unida en el Ayuntamiento de Guadalajara.

Finaliza el órgano de contratación sus informes solicitando que se produzca la acumulación de procedimientos, pues es el mismo el objeto que se recurre y son básicamente idénticas las pretensiones que se hacen valer contra el mismo.

Séptimo. Fondo de la cuestión.

Para poder dar una adecuada respuesta a las cuestiones planteadas en el presente recurso es necesario proceder por separado con cada uno de las cuestiones planteadas por los recurrentes, que serían fundamentalmente los siguientes:

1. Corrección jurídica de la calificación del contrato como un contrato de gestión de servicios públicos.
2. Corrección jurídica de la calificación del contrato como un contrato mixto en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
3. Vulneración del principio de concurrencia y del de libre competencia.
4. Vulneración procedimental.



Octavo. Naturaleza del contrato.

La cuestión a dilucidar en este epígrafe es si el contrato sobre el que versa este recurso está correctamente calificado en los pliegos como un contrato de gestión de servicios públicos ("concesión de servicios") o si, por el contrario, debería ser considerado como un contrato de servicios. Este Tribunal ya ha caracterizado a cada uno de estos contratos en resoluciones anteriores. La Ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos no permite separar nitidamente ambos conceptos en algunos casos. Tampoco la Directiva 18/2004CE permite hacerlo puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio, tiene una honda raigambre.

Por eso, antes de profundizar en el análisis de esta cuestión es menester hacer algunas consideraciones previas. Pues bien, como ya señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su informe 12/2010, de 23 de julio, (citado por la recurrente) al tratar la diferenciación entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos esta es una *"cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos, o no depende su exclusión, o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo, a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está, en ningún caso, sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que, tanto la Directiva 2004/18/CE, como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada."*



Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que si el contrato es de gestión de servicios públicos pueda no estar sujeto a la competencia de este Tribunal si no cumple los requisitos que establece la ley para estos contratos.

Ya dijimos en resoluciones anteriores que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial, con el contrato de servicios, que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Por esa razón, para determinar cuál es la verdadera naturaleza del contrato en estos casos, este Tribunal ha tomado como referencia el citado informe de la JCCA, por ejemplo, en la resolución número 204/2013, en la 80/2013, o en otras como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, para señalar que *"Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia*



concepción de la empresa. El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, ("El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante"), artículo 251, ("La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos") y artículo 253: ("La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura..."). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar, que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio". Este criterio ha sido mantenido también en dictámenes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09.

En el mismo sentido, y en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que *"El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el*



sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios". Parece patente que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre la que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista.

En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central que nos permite determinar si se ha producido la transmisión del riesgo no puede ser la modalidad de explotación de la obra construida, pues ésta no existe, ni tampoco el riesgo derivado de la recuperación de los costes de la inversión realizada, pues no hay inversión alguna que recuperar. Por ello, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Pues bien, los pliegos recurridos establecen que la contraprestación del adjudicatario será fija (cláusula 45) y se percibirá mediante abonos a buena cuenta. Por eso, aunque dicha retribución pueda variar en alguna medida, siendo cierto, como dice el órgano de contratación, que una parte de la retribución dependerá de la calidad con la que se preste el servicio, esta variación no puede implicar la transmisión del riesgo de explotación al contratista. A juicio de este Tribunal, el hecho de que el contratista acepte voluntariamente una disminución de la cantidad fija pactada en el contrato si no cumple los estándares de calidad fijados en el mismo, no puede considerarse como una asunción voluntaria de los riesgos derivados de aquel. Las cláusulas de calidad que con cierta



frecuencia se insertan en este tipo de contratos no generan una incertidumbre en el contratista acerca de cuál va a ser la retribución que va a percibir de la Administración, mucho menos si esa retribución se va a percibir de manera anticipada, como en el presente caso. Esta circunstancia es ratificada por la propia Sentencia de 10 de marzo de 2.011 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que cita el órgano de contratación, porque en ella se manifiesta el carácter inocuo que a los efectos de calificación del contrato tienen los riesgos vinculados a la mala gestión del contratista.

No deja de ser cierto que, como también sostiene el órgano de contratación, es posible que algunas de las prestaciones que integran el contrato pudieran ser calificadas genéricamente como aptas para integrar el concepto de concesión administrativa, y que no hay duda de que pueden haber sido calificadas como tales en ciertos casos. Sin embargo, en la nueva ley, de manera análoga a lo que ocurre en las directivas comunitarias, el concepto de concesión exige no solamente la aptitud de la prestación para constituir una concesión, sino el cumplimiento de los requisitos que hasta ahora hemos visto, especialmente el traslado del riesgo concesional. Y también es verdad que ese riesgo de explotación puede dividirse en un riesgo de disponibilidad y en un riesgo de demanda, pero ocurre que, conforme a lo que antes hemos señalado, parece patente que el riesgo de disponibilidad no se ha transmitido en el presente contrato, porque la ejecución del contrato con la calidad determinada en los pliegos es una obligación esencial del mismo, y porque el hecho de que pueda disminuirse hasta un 6% la retribución del contratista en caso de mala ejecución del contrato, no puede suponer que éste asuma el riesgo del mismo, puesto que la disminución de la retribución es sólo una consecuencia de la mala calidad en la ejecución del contrato y no de factores externos como el uso que del servicio hagan los ciudadanos.

En este sentido, es lógico que el informe del órgano de contratación equipare en cierta medida la disminución de la retribución derivada de una falta de calidad en la prestación contratada con las penalidades derivadas del incumplimiento del contrato. Pero también es evidente que ninguna de estas dos circunstancias traslada el riesgo al contratista.

Por otro lado, en lo que hace al riesgo de demanda olvida el órgano de contratación que, incluso aceptando que una parte menor del contrato pudiera determinar la transmisión del riesgo de demanda, ello no se produce en la mayoría de las prestaciones, a pesar de que



considera en su informe que éste es un elemento sustancial para caracterizar el contrato mixto como de gestión de servicios públicos. Pero es que, además, a juicio de este Tribunal, ni siquiera en la prestación referente al suministro de energía eléctrica se puede decir que haya habido una transmisión del riesgo de demanda, en la medida en que, en la parte correspondiente a la regulación semafórica es perfectamente posible conocer de antemano con un elevado grado de seguridad cuál es la energía que se va a consumir, cosa que también se puede predicar del alumbrado público. Consecuentemente, en el presente caso, el contratista no asume el riesgo de explotación del contrato.

Esta conclusión es congruente con el contenido de la Directiva 18/2004CE y con la jurisprudencia del Tribunal comunitario. Además, para justificar la existencia de una concesión de servicios no es suficiente con la utilización de los criterios contables establecidos por la Unión Europea, puesto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no los ha tenido en cuenta a la hora de determinar la verdadera naturaleza del contrato desde el punto de vista jurídico. Y es que el órgano de contratación confunde la posible mitigación de los riesgos del concesionario (que es un elemento presente en el proyecto de Directiva sobre Concesiones) con la ejecución del contrato sujeta a determinados paradigmas de calidad, que es lo que acontece en el presente caso.

Por otro lado, hay que recordar que, aplicando la tesis del órgano de contratación podríamos llegar a una cierta contradicción, puesto que si lo que se trasmite es únicamente el riesgo de construcción (aunque en este caso no hay inversiones) o el riesgo de disponibilidad, podríamos no estar en presencia de una concesión administrativa sino de un contrato de colaboración público privada. Por tanto, ni siquiera en este caso, la calificación jurídica del contrato sería la correcta. Este criterio es ratificado a nivel interno, toda vez que la Ley de Economía Sostenible contiene normas específicas para la financiación de los contratos de colaboración público privada en estos términos.

Y, finalmente, hay precedentes de supuestos en los cuales es posible diferenciar claramente los casos que constituyen verdaderas concesiones administrativas, en que hay una inversión derivada de una obra y una posterior explotación por el mismo constructor (como en los contratos DBFO del Reino Unido en el asunto del metro de



Londres) de aquellos supuestos como el presente en que lo que existe realmente es una labor de mantenimiento y de prestación de servicios y suministros.

Noveno. Existencia de un contrato mixto a la luz del artículo 25.2 de la Ley.

Para resolver la cuestión de si el contrato está bien calificado como un contrato mixto es necesario partir del contenido del artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Este precepto señala que *“sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.”*

Buena parte de los argumentos de los recurrentes y del órgano de contratación se centran en determinar cuál debe ser la interpretación que haya de darse a este precepto. Tal interpretación debe estar presidida por el análisis de los requisitos establecidos por el propio precepto a la luz del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas.

Comenzando con los requisitos que establece el precepto mencionado, cabe señalar que los dos elementos fundamentales que contiene son la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí, por un lado, y por otro, a esa vinculación debe añadirse un elemento como es que esas prestaciones vinculadas puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano contratante.

La cláusula 3ª del PCAP indica cuáles son las prestaciones que constituyen el contrato mixto, a saber:

- Limpieza viaria y recogida y transporte de Residuos Sólidos Urbanos.
- Limpieza y mantenimiento de parques y jardines.
- Gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica



- Mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público.

Un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines.

Ello es así porque, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante ni está diferenciando entre prestaciones concretas. Si así fuera, el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. Por el contrario, el criterio de este Tribunal es que la intención del legislador fue otra muy diferente. Hemos de recordar que uno de los principios que inspiran la totalidad del articulado de la Ley es indiscutiblemente el de máximo respeto al principio de concurrencia, de manera que, a lo largo de toda esta norma, se puede observar una prevención por parte de legislador contra su vulneración y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Sobre esta línea de pensamiento es perfectamente razonable entender que, si el legislador ha establecido que para que exista un contrato mixto las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni tampoco formal.

Consecuentemente, debemos entender que las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque sólo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional. Y es que no es discutible que no existe una unidad



funcional respecto de prestaciones que estén tan alejadas materialmente como las que antes hemos señalado.

Esta circunstancia se clarifica aún más en el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando se acude a la cláusula séptima o al propio pliego de prescripciones técnicas, en los que queda claro que esas cuatro prestaciones en las que inicialmente se divide el contrato son, en realidad, varias más y referentes a materias muy diversas.

No basta, a estos efectos, el que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas. Este Tribunal no considera necesario siquiera determinar si es el órgano de contratación o los recurrentes quienes tienen razón acerca de si realmente existen o no sinergias respecto de las distintas prestaciones que puedan constituir el contrato. Entendemos que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad. Sentada esta premisa obedece a un criterio de pura lógica y de sentido común que, tal como acabamos de exponer, las prestaciones contenidas en este contrato no son prestaciones vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional.

De hecho, tanto en la introducción contenida en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en alguna de las explicaciones que obran en los informes del órgano de contratación ratifican este criterio. Parece claro que en el presente contrato la razón por la cual se decidió agrupar todas las prestaciones, constituyendo un contrato mixto, no fue una razón jurídica, sino una razón económica o de oportunidad. A lo largo de estos textos se puede comprobar cómo hay ciertos criterios que predominan a la hora de decidir agrupar todas estas prestaciones. Entre ellos, no es el menos importante la existencia de un presunto ahorro económico por la existencia de un solo contratista, criterio que obviamente es estimable en términos generales pero respecto del cual no se ha aportado prueba alguna de su realidad. También se ha aludido a la existencia de una ciudad inteligente mediante el establecimiento de sistemas que permitan una relación más rápida y eficaz con la ciudadanía.



Sin embargo, el establecimiento de estos sistemas puede lograrse de manera individualizada en cada uno de los contratos que se hicieran por separado, de manera que una buena gestión por parte del Ayuntamiento de Guadalajara permitiría construir ese loable objetivo antes mencionado. Y finalmente, se establece que sería positivo desde el punto de vista organizativo poder contar con un solo contratista para la realización de todas las actividades propias del Ayuntamiento, mediante el establecimiento de una concesión administrativa de larga duración que facilitaría la labor respecto de todos los servicios incluidos en el contrato. Sobre este punto en concreto, el criterio de este Tribunal no puede ser más desfavorable a esta afirmación, que entendemos claramente contraria al principio de concurrencia. Esta afirmación, no sólo contradice claramente el espíritu del artículo 25.2 de la Ley en los términos que anteriormente hemos expuesto, sino que añade un elemento de oportunidad administrativa completamente ajeno a los principios que, como hemos visto, rigen la configuración del contrato mixto en nuestra normativa contractual.

No queremos decir, con ello, que no sea posible conforme a la Ley actual decidir la acumulación de prestaciones en un contrato mixto siempre que dichas prestaciones se encuentren vinculadas materialmente y cumplan estrictamente las condiciones legales. Lo que ocurre es que, en el presente caso, esas condiciones no se cumplen, produciendo un efecto negativo en la libre competencia y en el principio de concurrencia.

Décimo. Vulneración del principio de concurrencia.

Hasta el momento hemos llegado a la conclusión de que el contrato objeto del presente recurso no puede ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos. También hemos señalado que las prestaciones que constituyen su objeto no pueden agruparse con el fin de constituir un contrato mixto y de atribuir a un solo contratista la realización de todas ellas.

Los recurrentes afirman que estas dos conclusiones suponen que los pliegos recurridos vulneran dos principios fundamentales de la contratación pública española y europea como son el principio de concurrencia y el de libre competencia. Por el contrario, el órgano de contratación estima que no puede existir vulneración de la concurrencia cuando el pliego establece condiciones específicas para permitir la participación de



empresas grandes o pequeñas, cuando la ley permite integrar la solvencia con medios externos, o incluso cuando se permite la concurrencia mediante uniones temporales de empresas. También añade el órgano de contratación que las condiciones de solvencia establecidas pueden ser perfectamente cumplidas por empresas grandes o pequeñas, por lo que no existiría ningún límite al principio de concurrencia que pudiera ser considerado contrario a derecho.

Sobre esta cuestión es necesario recordar que la vulneración del principio de concurrencia se puede producir de diferentes maneras. No sólo se vulnera este principio mediante el establecimiento de condiciones de solvencia injustas o que sólo puedan ser cumplidas por determinados tipos de entidades o por una entidad concreta. La Ley contiene muy diversos ejemplos, en consonancia con las directivas comunitarias, en los que podemos observar, por ejemplo, una clara prevención contra los contratos de duración excesiva y contra el abuso de las prórrogas contractuales. Indiscutiblemente, la duración de un contrato, mucho más allá de lo que su propia naturaleza permite considerar razonable, puede calificarse como una vulneración del principio de concurrencia, porque excluye la posibilidad de concurrir al contrato a otros licitadores en el futuro.

En el presente caso, la determinación de un período de duración del contrato inicial de 17 años y el establecimiento de una prórroga de tres años, que puede hacer llegar al contrato hasta los 20 años de duración no puede considerarse congruente con la naturaleza de la mayoría de las prestaciones contenidas en él. Si, como hemos señalado anteriormente, estamos en presencia de un contrato de servicios, la duración del contrato no puede exceder la propia de este tipo contractual, que ha sido determinada por el legislador comunitario y por el español de conformidad con la propia naturaleza de éste. Por contra, en el presente contrato su duración se multiplicaría por tres con respecto a la máxima posible en relación con el contrato de servicios, lo que constituye, sin duda, una patente vulneración del principio de concurrencia contenido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



Undécimo. Vulneración procedimental.

Atendiendo a todo lo que hemos expuesto es evidente que el presente recurso debe estimarse. Pero hay una razón más, mencionada en el segundo de los recursos, que es importante recordar. Se sostiene en el recurso que la calificación como un contrato de servicios determina automáticamente la vulneración del artículo 132 de la Ley y, lo que es todavía más importante, la existencia de una omisión procedimental sustancial como es la ausencia de publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Nuestra conclusión es que la calificación como un contrato de servicios tiene automáticamente estos efectos reseñados en el segundo recurso, de manera que la ausencia de publicación en el DOUE supondría también una vulneración del principio de publicidad, impidiendo la participación de empresas comunitarias en la presente licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, por los argumentos de la presente resolución, el recurso interpuesto por D.^a Magdalena Valerio Cordero, concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, y por D. José Luis Maximiliano Romo, también concejal del Ayuntamiento de Guadalajara, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara y, en consecuencia, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del citado contrato.

Segundo. Levantar la suspensión acordada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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



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

