

Recurso 227/2018**Resolución 276/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNERARIA VIRGEN DEL MAR, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de licitación de la “Concesión demanial para el uso privativo del inmueble consistente en Tanatorio, sito en calle Arrecife s/n de Ayamonte (Huelva)”, convocado por la entidad Terrenos Urbanizables de Ayamonte, S.A. (TUASA), ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de mayo de 2018, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Huelva núm. 96 el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

La duración del contrato es de 20 años, siendo el canon de la concesión 24.000,00 euros anuales y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 4 de junio de 2018, se presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FUNERARIA VIRGEN DEL MAR, S.L. (en adelante FUNERARIA VM), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación de la concesión mencionada en el encabezamiento de esta resolución. En el escrito de recurso, la recurrente solicita, asimismo la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. El 25 de junio de 2018, se recibe del órgano de contratación el citado escrito de interposición de recurso, el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado comprensivo de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efecto de notificaciones.

Previa petición, el Ayuntamiento de Ayamonte comunica, el 29 de junio de 2018, que no dispone de órgano propio especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito, ni existe convenio con la Diputación Provincial de Huelva a tales efectos.

Por otra parte, el 4 de julio de 2018, se recibe en este Órgano escrito de la recurrente reiterando su solicitud de suspensión del procedimiento de licitación.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 12 de julio de 2018, solicita al órgano de contratación determinada documentación necesaria para la



resolución del recurso, en concreto informe justificado sobre el volumen total de negocio durante el plazo de ejecución del contrato y alegaciones a la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente. La información solicitada tuvo entrada en este Órgano el 19 de julio de 2018.

QUINTO. Por Resolución de 26 de julio de 2018, este Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 27 de julio de 2018, se dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado la entidad PREVIPAZ, S.L. (en adelante PREVIPAZ).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 apartados 1 y 4 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva) ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se dirige contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación de una concesión administrativa para el uso privativo de bienes de dominio público, siendo esta la calificación jurídica otorgada por el órgano de contratación. Al respecto, la recurrente no discute tal extremo, dando por sentado que la figura jurídica es una concesión demanial para uso privativo, sujeta al recurso especial. En el informe al recurso el órgano de contratación sostiene asimismo que estamos en presencia de una concesión demanial, no siendo la misma, a su juicio, susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 44.1 de la LCSP. En el mismo sentido que el órgano de contratación se pronuncia la entidad PREVIPAZ.

Así pues, en la medida que el órgano de contratación y la entidad interesada cuestionan la sujeción del contrato al recurso especial, ha de abordarse este extremo.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2, letra k), del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local que establece que *«El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: k) Cementerios y actividades funerarias»*, considera este Tribunal que el contrato de gestión de un tanatorio es un contrato de servicios o de concesión de servicios.

En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio



público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral, de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios del tanatorio, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación.

Establecida la naturaleza contractual de la actividad de gestión de un tanatorio, procede determinar su régimen jurídico y en virtud del mismo, si el contrato está o no sujeto al recurso especial en materia de contratación. Al respecto, en el servicio de gestión del tanatorio lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato de servicios, o de una concesión de servicios, pero no ante una concesión demanial. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 175/2017, de 17 de febrero, así como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que en su Informe 26/2007, de 5 de julio, concluía que *«Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que los contratos que tiene por objeto la gestión de un tanatorio han de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos sin que la forma de retribución de la prestación pueda afectar a tal calificación»*.

Así pues, una vez descartada la calificación de la figura como concesión demanial, debe analizarse si procede considerarla como contrato de servicios o de concesión de servicios. En tal sentido, la jurisprudencia europea a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación de la prestación. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5, así como en los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP, viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina



jurisprudencial (v.g. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, asunto Privater). Asimismo, este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resolución 41/2016, de 18 de febrero) ha recalificado contratos analizando la distinción entre un servicio y una concesión de servicios.

Al respecto, el artículo 5 de la Directiva de concesiones -y con una redacción prácticamente idéntica los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP-, dispone que *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Asimismo, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda -a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP- cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En



cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato de servicios o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de concesión de servicios. En este sentido, lo que distingue a uno y otro no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o «riesgo operacional» al adjudicatario; es decir, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.

Por tanto, habrá que determinar si concurre o no este elemento definitorio en el presente contrato. Al respecto, en la cláusula 6 del PCAP se regulan las obligaciones del contratista para la prestación del servicio, donde este asume gastos que son normales en la ejecución de cualquier contrato con arreglo al principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 197 de la LCSP. No obstante, el contratista sí asume las potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte del órgano de contratación.

Asimismo, el riesgo de demanda debe valorarse para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección, en cuanto a demandar o no los servicios de tanatorio y, en caso afirmativo, de elección de tanatorio. Así las cosas, en el presente supuesto podríamos considerar que sí existe riesgo de demanda, dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios del tanatorio de Ayamonte en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas. En sentido similar, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo



Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en la Resolución 411/2017, de 5 de mayo.

En definitiva, de todo lo dispuesto en el PCAP se concluye que el contratista deberá explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros.

En efecto, el órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el contratista asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados.

A la vista del conjunto de elementos y factores existentes, debemos concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato como de concesión de servicios. No obstante, en aplicación del artículo 44.1.b) de la LCSP, tendrán la consideración de contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, las concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros,

En este sentido, en la licitación impugnada, el PCAP no se pronuncia con respecto al importe del valor estimado, únicamente en la cláusula 4 del mismo se dispone que *“Los adjudicatarios vendrán obligados al pago del canon por la concesión administrativa del inmueble. El canon se fija en veinticuatro mil anuales (24.000 €) mejorables al alza, más los impuestos aplicables”*.

Al respecto, para la determinación del valor estimado, los apartados 2 y 3 del artículo 8 de la citada Directiva 2014/23/UE de concesiones disponen que *«2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios (...)*.



3. (...). Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:

a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; g) las

Así las cosas, este Tribunal se dirigió al órgano de contratación para solicitarle que le remitiera informe justificado sobre el volumen de negocios total durante el plazo de duración del contrato, a fin de determinar su valor estimado, toda vez que para la determinación del canon mínimo a satisfacer por el futuro contratista (cláusula 4 del PCAP) se ha de tener en cuenta, entre otras cuestiones, el volumen de negocios estimado durante el plazo de duración del contrato (artículo 8 de la Directiva de concesiones y 101 de la LCSP).

Sin embargo, el órgano de contratación como contestación a dicho requerimiento indica que *“deviene imposible en este momento determinar el valor concreto de la concesión toda vez que dependerá del canon que se oferte por encima del fijado en el pliego, siendo esta mejora uno de los criterios de adjudicación”*, cuando ha de insistirse que para la determinación del canon a satisfacer se ha de haber tenido en cuenta, entre otras cuestiones, la estimación del volumen total de negocios.

Así pues, dado que el órgano de contratación, encargado de establecer el valor estimado del contrato, no lo ha efectuado, este Tribunal, a efectos de establecer su competencia, siendo presumible que, por la duración de la prestación y el canon



mínimo a satisfacer, el volumen total de negocios alcance el umbral de sujeción al recurso especial de la presente concesión, y en aplicación del principio “favor acti”, entiende que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.

Por último, indicar que no puede aceptarse el alegato del órgano de contratación que en su informe al recurso, para reforzar su consideración de la figura como concesión demanial, indica que es de aplicación cuanto se señala en la Resolución 43/2012, de 24 de abril, de este Tribunal.

Al respecto, el recurso 34/2012 que dio lugar a la citada Resolución 43/2012, se interpuso contra el acto de adjudicación de un contrato, siendo declarado extemporáneo. No obstante, este Tribunal, a mayor abundamiento, analizó el acto y el contrato recurrido declarando su inadmisión al tratarse de una concesión demanial no susceptible de recurso especial en materia de contratación. Sin embargo, teniendo en cuenta que la concesión de servicios se reguló por primera vez en la citada Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, de concesiones y luego se traspuso a la LCSP, que el objeto del contrato recurrido en el recurso 34/2012 no es el mismo que el del presente supuesto y lo expuesto en este fundamento de derecho, ha de concluirse que el recurso presentado se dirige contra un contrato que este Tribunal ha calificado como concesión de servicios, y por tanto, susceptible de recurso especial en los términos fijados en la citada LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 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: 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 los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente (...)”.

En el supuesto analizado, no consta en el expediente la publicación del anuncio en el perfil de contratante, solo en el Boletín Oficial de la Provincia de Huelva el 21 de mayo de 2018. No obstante, aun cuando se computase el plazo para recurrir desde esa fecha, al haberse presentado el escrito de recurso el 4 de junio de 2018 en el Registro del órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Asimismo, es preciso analizar la cuestión planteada por la entidad interesada PREVIPAZ, en su escrito de alegaciones al recurso, respecto a la posible existencia de una causa de inadmisión del mismo, conforme al último párrafo del artículo 50.1.b) de la LCSP.

En este sentido, indica la entidad interesada que la actuación de la recurrente vulnera la teoría de los actos propios, por cuanto la participación en la licitación supone la aceptación del PCAP en todos sus términos, y sin embargo plantea un recurso respecto de su clausulado, cuando es evidente, pues así lo indica en el escrito de interposición, que ha presentado oferta y por tanto ha participado y aceptado todas las condiciones.

Al respecto, el citado último párrafo del artículo 50.1.b) de la LCSP dispone que *«Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho»*.

Así las cosas, dado el tenor literal del precepto, en el que se dispone que con carácter general no se admitirá el recurso en esos casos, salvo lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho, parece deducirse que el legislador



pretende que se analice el caso concreto y las circunstancias concurrentes, especialmente para concretar si se está ante un supuesto de denuncia de vicios de nulidad de pleno derecho. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 74/2018, de 30 de agosto.

En el supuesto examinado, no consta la fecha de presentación de la oferta por parte de la ahora recurrente. No obstante, aun en el supuesto que la hubiese presentado con carácter previo a la interposición del recurso, habrá de analizarse su pretensión para determinar si estamos o no ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, lo que será objeto de examen en los siguientes fundamentos de derecho.

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

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde la anulación de su cláusula segunda y del anexo I.

Al respecto, el último párrafo de la cláusula segunda del PCAP dispone que *«En la actualidad la instalación cuenta con el mobiliario e instalaciones contenidos en el ANEXO 1, que han sido sufragadas por GRUPO LA PAZ, PREVIPA S.L., mercantil a la que fue cedida de forma provisional la instalación, por lo que quien resulte adjudicatario tendrá que abonar su precio a dicha mercantil antes de la toma de posesión del mismo, la realidad de dicho pago será condición indispensable de eficacia del contrato que, en su día, se suscriba con las resultas de este procedimiento de licitación»*. Por su parte, en el anexo I del PCAP se recoge dicho mobiliario e instalaciones valorándose los mismos, según manifiesta dicho anexo, en 44.332,22 euros, IVA no incluido.

Pues bien, la recurrente entiende que dicha cláusula segunda y anexo I del PCAP deben anularse dado que, a su juicio, resulta evidente que la obligación de afrontar el pago de 44.332,22 euros, IVA no incluido, por parte de la futura adjudicataria a la entidad GRUPO LA PAZ, PREVIPA S.L., actual concesionaria y prestadora del



servicio, persigue únicamente colocarla en una posición de ventaja, siendo ello causa de anulación del PCAP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso nada indica sobre el fondo del mismo, limitándose en sus alegaciones a expresar, como se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, que el escrito de interposición debe ser inadmitido al recurrirse los pliegos de una concesión demanial, no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Por último, la entidad PREVIPAZ como interesada en el procedimiento de recurso, se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo del recurso en el que la recurrente denuncia que el último párrafo de la cláusula segunda del PCAP, así como el anexo I de dicho pliego han de ser anulados.

Pues bien, como se ha expuesto, el PCAP -cláusula segunda y anexo I- establece la obligación para la entidad adjudicataria del contrato de abonar la cantidad de 44.332,22 euros, IVA no incluido, como condición para la eficacia del futuro contrato, por determinado mobiliario e instalaciones sufragados por el actual contratista -PREVIPAZ- y procedentes, según se manifiesta en dicho anexo I, de la ejecución del contrato formalizado el 19 de octubre de 2016 entre el órgano de contratación -TUASA- y la entidad PREVIPAZ.

Al respecto, se ha de poner de manifiesto que los derechos y obligaciones relativos al contrato formalizado el 19 de octubre de 2016 entre TUASA y PREVIPAZ, han de ventilarse en el seno de dicho contrato, no pudiendo el órgano de contratación repercutir potenciales derechos que pudieran corresponder a la entidad PREVIPAZ en la futura adjudicataria, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos.

En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 231/2017, de 23 de octubre. En ella se analizaba un supuesto en que el órgano de contratación en el PCAP obligaba a la entidad adjudicataria a asumir los costes derivados de un contrato previo de asistencia técnica por los trabajos desarrollados



por una empresa consultora que asistía al Ayuntamiento en la contratación que se licitaba.

En aquella resolución, este Tribunal indicaba en lo que aquí interesa lo siguiente: *«(...) la determinación de la naturaleza y extensión de los parámetros de las prestaciones indispensables para satisfacer sus necesidades, así como su objeto, contenido y el cálculo de los costes para ello, son trabajos que le corresponde realizar al órgano de contratación (artículo 22 del TRLCSP), en tanto que debe definir previamente sus necesidades y la forma de satisfacerlas, sin que los gastos en que incurra para ello puedan ser repercutidos al futuro contratista, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos (v.g. Resolución 209/2017, de 18 de octubre, de este Tribunal y Resolución 271/2017, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid). En definitiva, estamos ante servicios propios que ha de soportar el órgano de contratación y que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos. En ese sentido se ha manifestado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en sus Sentencias 1935/2013, de 11 de noviembre y 2232/2013, de 20 de diciembre (...).*

Asimismo (...) conviene traer a colación el Informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su conclusión cuarta dispone “Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95)”.

En definitiva, en el supuesto examinado, de admitirse la obligación impuesta por la cláusula segunda y el anexo I del PCAP, se estaría conculcando el principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, e impone que todas las entidades licitadoras dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. En este sentido, se manifiesta, entre otras, la Sentencia del Tribunal



de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004, asunto C-496-99, *Succhi di Frutta*, apartado 110.

En efecto, la obligación de la entidad adjudicataria del contrato, salvo para la empresa PREVIPAZ actual contratista, de abonar la cantidad de 44.332,22 euros, IVA no incluido, como condición para la eficacia del futuro contrato, supone que no todas las potenciales entidades licitadoras estén sometidas a las mismas condiciones, con clara vulneración del principio de igualdad de trato, y ello con independencia de los derechos que puedan asistir a la entidad PREVIPAZ respecto al contrato formalizado con el órgano de contratación el 19 de octubre de 2016.

Procede, pues, la estimación del recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

Por último, en cuanto a la cuestión planteada por la entidad interesada PREVIPAZ, en su escrito de alegaciones al recurso, respecto a la posible existencia de una causa de inadmisión del mismo, conforme al último párrafo del artículo 50.1.b) de la LCSP, expuesta en el fundamento quinto de esta resolución, una vez determinado que el PCAP ha sido anulado por este Tribunal, al haberse vulnerado el principio de igualdad de trato, adoleciendo por ello de un vicio de nulidad de pleno derecho, no se dan los presupuestos para la inadmisión del recurso establecidos en el citado precepto legal.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNERARIA VIRGEN DEL MAR, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión demanial para el uso privativo del inmueble consistente en Tanatorio, sito en calle Arrecife s/n de Ayamonte (Huelva)”, convocado por la entidad Terrenos Urbanizables de Ayamonte, S.A. (TUASA), ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva) y, en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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 mediante Resolución de 26 de julio de 2018.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar 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.

