

Recurso 329/2014
Resolución 257/2014

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

Sevilla, 17 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tomares de 28 de octubre de 2014 por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, que incluye la prestación del servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de parques y jardines, rotondas y zonas verdes del municipio de Tomares” (Expte. PBA/14/2014) promovido por el Ayuntamiento de Tomares, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la provincia de Sevilla el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio fue asimismo publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Tomares el 1 de agosto de 2014.



El valor estimado del contrato asciende a 38.390.573,52 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. El 28 de octubre de 2014, el Pleno del Ayuntamiento de Tomares acordó la adjudicación del contrato referenciado a favor de la empresa CESPA, CIA. ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. por importe de 3.469.617,05 euros al año.

CUARTO. El 14 de noviembre de 2014, la recurrente **URBASER, S.A.** presenta en el Registro auxiliar de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tomares, de 28 de octubre de 2014, por el que se adjudica el contrato de referencia.

QUINTO. El 17 de noviembre de 2014, mediante sendos oficios de la Secretaría de este Tribunal, se solicitó al órgano de contratación, por una parte, el expediente de contratación completo, informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación con indicación de los datos precisos para notificaciones, y por otra, las alegaciones que estimara oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento solicitada por el recurrente.



Dicha documentación tuvo entrada en este Tribunal el 21 de noviembre de 2014.

SEXTO. El 19 de noviembre de 2014, la entidad recurrente presentó en el Registro auxiliar de este Tribunal escrito en el que manifiesta el desistimiento respecto del recurso potestativo especial en materia de contratación interpuesto en fecha 14 de noviembre contra la adjudicación del contrato de referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el artículo 10 del 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 presente supuesto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio que, a tales efectos, fue formalizado el 17 de diciembre de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Tomares, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido



interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Según la cláusula tercera del PCAP, el contrato tiene por objeto la gestión indirecta, en régimen de concesión administrativa, del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, que incluye la prestación del servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de parques, jardines, rotondas y zonas verdes del municipio de Tomares, calificándolo como contrato administrativo mixto de gestión de servicio público según el artículo 8 del TRLCSP. El valor estimado del contrato es de 38.390.573,52 euros, y tiene un plazo de ejecución de 10 años más uno de prórroga. Los gastos de primer establecimiento previstos en el Estudio económico-financiero son de 180.807,00 euros. Por lo tanto, el contrato descrito por el PCAP no encajaría en el artículo 40.1,c), tal como especifica el propio PCAP en su cláusula 41.

Pero expuesto lo anterior, es preciso determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa ya que, como se expondrá a continuación, ello resulta decisivo para determinar el carácter impugnabile del acto administrativo que se recurre.

Pues bien, como ya hemos señalado, tanto en el anuncio de licitación, como en el PCAP se configura el contrato como de *“gestión de servicio público”*. En tal caso, al preverse unos gastos de primer establecimiento inferiores a 500.000 euros, no cabría, en principio, el recurso especial en materia de contratación (apartado 1.c del artículo 40 del TRLCSP).

No obstante lo anterior, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



Como señaló el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89//665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”*. Aceptar la calificación que hace el PCAP *“y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”*.

Añade el referido Tribunal que, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa 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”*.

Partiendo de lo que acaba de exponerse y puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

Del examen del PCAP y en concreto del capítulo V.-DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES, se desprende que la retribución al



contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y a cambio de un precio prefijado en la adjudicación, por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos se asimila a lo que en términos de la Directiva 2007/18 y la propia LCSP denomina prestador de servicios, lo que supone, por sí mismo, que no nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público sino de un contrato de servicios.

Este es el criterio que fijó este Tribunal en relación a un contrato idéntico en la Resolución 168/2014, de 4 de agosto.

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios, sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio.

Por todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.c) del mismo artículo 40 mencionado, debe entenderse cabe admitir el recurso especial contra la resolución de adjudicación de este contrato.

TERCERO. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

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



Continúa este artículo en su apartado 3 indicando que la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

En el supuesto que nos ocupa no consta en el expediente la fecha de remisión de la resolución impugnada, pero aun cuando se hubiera remitido el mismo día que fue dictada, el 28 de octubre de 2014, el recurso habría tenido entrada en plazo en el Registro de este Tribunal el 14 de noviembre de 2014, por lo que el recurso estaría presentado dentro de plazo.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso y antes del examen de la cuestión de fondo, debe analizarse la consecuencia jurídica del escrito de desistimiento del recurso sobre el procedimiento iniciado en virtud del mismo.

El TRLCSP no prevé de modo expreso el desistimiento del recurrente como medio de terminación del procedimiento del recurso especial, por lo que ha de estarse a la regulación que sobre tal materia contiene la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), toda vez que el artículo 46.1 de aquel texto legal dispone que *“El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.”*

En este sentido, el artículo 87.1 de la LRJAP y PAC establece que *“Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad”*



Asimismo, el artículo 91 de la citada ley dispone que *“1. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia.*

2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.”

En el supuesto analizado hemos de concluir que se dan todos los presupuestos necesarios para la admisión del desistimiento, toda vez que la entidad recurrente lo formaliza mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal. Asimismo, no hay terceros interesados personados en el procedimiento de recurso, ya que no se han formulado alegaciones al mismo.

Siendo ello así, no concurre ninguna razón que imponga limitar los efectos del desistimiento solicitado, debiendo aceptarse el mismo y declarar concluso el procedimiento sin entrar en el examen de los motivos del recurso.

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

RESUELVE

PRIMERO. Aceptar el desistimiento presentado por la entidad **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tomares, de 28 de octubre de 2014, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, que incluye la prestación del servicio de limpieza, conservación y



mantenimiento de parques y jardines, rotondas y zonas verdes del municipio de Tomares” (Expte. PBA/14/2014) promovido por el Ayuntamiento de Tomares, y en consecuencia, declarar concluso el procedimiento.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

