



Roj: **STSJ CV 5003/2016 - ECLI: ES:TSJCV:2016:5003**

Id Cendoj: **46250330052016100810**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **522/2013**

Nº de Resolución: **784/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE DE BELLMONT Y MORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD**

### **VALENCIANA**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

En la Ciudad de Valencia, a 30 de septiembre de 2016.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Srs., D. FERNANDO NIETO MARTIN, Presidente, D. JOSE BELLMONT MORA, D<sup>a</sup> . ROSARIO VIDAL MAS, D. EDILBERTO NARBÓN LAINEZ y D<sup>a</sup> . BEGOÑA GARCÍA MELÉNDEZ, Magistrados, se ha pronunciado la siguiente:

#### **SENTENCIA NUM: 784/2016**

En el recurso contencioso administrativo número 522/13, interpuesto por VIARSA AGUAS Y SERVICIOS S.L., representada por el Procurador Dña. MARÍA ISABEL FARINOS SOSPEDRA y defendida por el Letrado D. MANUEL CORREDOR SANCHIS, contra resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22/11/2013.

Habiendo sido parte en autos como Administración demandada el AYUNTAMIENTO DE VILLENA, representada por el Procurador Dña. FLORENTINA PÉREZ SAMPER y defendida por el Letrado D. CRISTOBAL SIRERA CONCA, y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE BELLMONT MORA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

**SEGUNDO** .- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

**TERCERO** .- Habiéndose recibido el proceso a prueba se practicó la que resultó admitida y se emplazó a las partes para que evacuaran en trámite de conclusiones; verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo

**CUARTO** .- Se señaló la votación para el día 20 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar

**QUINTO** .- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO.-** En el presente proceso la parte demandante interpuso recurso contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22/11/2013 que inadmitió a trámite el recurso especial en materia de contratación formulado por la parte demandante contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villena de 26 de septiembre de 2013, por el que se adjudica el contrato de recogida de residuos y limpieza viaria y de espacios públicos en el término municipal de Villena (Alicante), basada dicha inadmisión en la existencia de litispendencia, al haber sido interpuesto recurso contencioso administrativo sobre el mismo objeto.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo propiamente dicha, debemos analizar si es correcta la inadmisibilidad apreciada en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales objeto de impugnación en el presente procedimiento en base a la existencia de litispendencia en los términos expuestos en el precedente fundamento jurídico.

Al respecto se dice en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 [Recurso de casación nº 929/2015] que: «*Con carácter general, debemos señalar que la litispendencia es una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, que aparece expresamente contemplada en el artículo 69 d) de la LJCA . Se trata de una excepción, como señala la Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2001 (recurso de casación nº 4101/1995) que seguimos en este punto, que reproduce la constitución de un proceso anterior en otro posterior en que se hace cuestión del mismo objeto procesal. Precisamente, uno de los efectos procesales de la presentación de la demanda es la exclusión del conocimiento del mismo asunto en otro proceso, y a este fin consideraba el artículo 533.5 de la anterior LEC de 1881 , como excepción dilatoria o procesal, la litispendencia en el mismo o en otro Juzgado o Tribunal competente. Su finalidad es tanto evitar la eventual existencia de fallos contradictorios entre sí, como el agotamiento en un primer proceso de la necesidad de protección jurídica de las partes litigantes. O, dicho en otros términos, la excepción de que se trata impide a las partes del proceso pendiente incoar otro que tenga un objeto idéntico. Por consiguiente, la identidad procesal determinante de la litispendencia comprende los tres elementos propios de la cosa juzgada : sujetos, causa petendi y petitum, siendo la exclusión del segundo proceso consecuencia de la coincidencia de dichos elementos. No en vano la cosa juzgada es otra causa de inadmisibilidad aludida en el mismo apartado que la litispendencia ( artículo 69.d de la LJCA ). Tradicionalmente venimos exigiendo, como señalamos en nuestra Sentencia de 15 de enero de 2010 (recurso de casación nº 6238/2005 ), para la apreciación de la cosa juzgada la concurrencia de los siguientes requisitos: « 1.- identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; 2.- misma causa de pedir, causa petendi, o fundamento de la pretensión; y 3.- igual petitum o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada » . Con la peculiaridad añadida, por lo que hace al proceso contencioso administrativo, como lleva poniendo de manifiesto esta Sala desde la ya citada Sentencia de 5 de febrero de 2001 , de la concurrencia de un elemento identificador de la litispendencia (y de la cosa juzgada): la disposición, el acto o actuación de la Administración objeto de las pretensiones . »*

En el caso enjuiciado, en primer lugar hay que decir que no se trata de la existencia de dos procesos judiciales pendientes, en tanto que no tiene el carácter de órgano judicial el citado Tribunal Administrativo. Así, el artículo 2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de dicho Tribunal establece: " 1. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se regirá por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y por la normas del presente reglamento. En lo no previsto expresamente en ellos serán de aplicación las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad interpuestos al amparo de lo establecido en texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirán por las disposiciones de éstos y las normas del presente Reglamento. En defecto de unas y de otras serán de aplicación las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Los Tribunales u órganos administrativos creados por las comunidades autónomas para resolver los procedimientos a que se refiere este Reglamento, se regirán por las normas de creación y desarrollo aprobadas por éstas en todo lo referente a la organización, constitución y funcionamiento"

Por otro lado, no se trataría de procesos con objeto idéntico, en tanto que en el que se seguía ante un Juzgado de lo contencioso-administrativo de Alicante se impugnaba la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que debían regir la adjudicación del contrato en cuestión y en el recurso ante el repetido Tribunal Administrativo se atacaba la adjudicación del referido contrato.

**TERCERO.-** Para la resolución del caso examinado debemos partir de los siguientes puntos de hecho:



- 1) El Ayuntamiento Pleno, en sesión ordinaria celebrada el día 31 de enero de 2013, aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que han de regir la adjudicación del contrato administrativo especial de la recogida de residuos y limpieza viaria y de espacios públicos en el término de Villena, publicándose en el perfil del contratante de la página web del Ayuntamiento de Villena, no así en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante.
- 2) El Ayuntamiento en Pleno, en sesión ordinaria celebrada el día 28 de febrero de 2013, aprobó la modificación de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que fueron aprobados por el Pleno Municipal el día 31 de enero de 2013, así como la cláusula 20ª "Procedimiento y forma de adjudicación" Apto. B) "Criterios subjetivos o que dependen de juicio de valor", Subapartados 1 y 2 y la modificación del convenio colectivo incluido en el Anexo XVI.
- 3) Estos pliegos modificados fueron publicados en el perfil del contratante de la página web del Ayuntamiento de Villena y en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante nº 51, de fecha 13 de marzo de 2013.
- 4) Contra dichos pliegos modificados se presentaron sendos recursos especiales en materia de contratación, los cuales fueron inadmitidos mediante resolución de 25 de abril de 2013 del Ayuntamiento pleno.
- 5) Disconforme con la decisión municipal, VIARSA interpuso recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Alicante, correspondiendo con el nº 301/2013 al Juzgado nº 2 de Alicante y recayendo sentencia nº 220/2014, que desestima la petición principal e inadmite la pretensión subsidiaria contenida en el suplico del escrito de demanda.
- 6) Frente a la citada sentencia se presentó recurso de apelación, correspondiendo a esta Sección con el número de rollo 431/2013.
- 7) La parte demandante interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villena de 26 de septiembre de 2013, por el que se adjudica el contrato de recogida de residuos y limpieza viaria y de espacios públicos en el término municipal de Villena (Alicante), recayendo sobre el mismo la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22 de noviembre de 2013, objeto del presente litigio.
- 8) En fecha 10 de diciembre de 2013 se formalizó el referido contrato entre el Ayuntamiento de Villena y la empresa adjudicataria.

**CUARTO.-** La parte demandada esgrime, en esencia, los siguientes motivos de impugnación de la resolución administrativa:

Inexistencia de litispendencia

El Pliego de prescripciones técnicas no recoge la totalidad de la plantilla.

Los pliegos son contrarios al ordenamiento jurídico, al restringir la libre concurrencia, exigiendo a los candidatos la clasificación.

Falta de publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Ausencia en los Pliegos de los métodos para la aplicación de criterios de valoración de las ofertas.

Improcedente ponderación del precio en la adjudicación.

Consecuentemente con todo ello, solicita en el suplico de la demanda la nulidad del Acuerdo de 26/09/2013 y del contrato de adjudicación del contrato en fecha 10/12/2013 y la retroacción del expediente a fin de que se proceda a una nueva licitación con unos Pliegos ajustados a derecho.

Por la parte demandada se esgrime la inadmisibilidad del recurso al haber sido promovido recurso extraordinario improcedente, ya que nos encontramos ante un contrato "administrativo especial"; asimismo, se alega desviación procesal en cuanto se alegan motivos relativos a los pliegos y el objeto del presente recurso es el acuerdo de adjudicación, entrando a continuación a discrepar de los distintos motivos de impugnación opuestos por la parte demandante relativos a la cláusulas de los pliegos.

Las indicadas causas de inadmisibilidad deben tener diferente acogida: En cuanto a la primera, debe ser desestimada por los argumentos que seguidamente expondremos; respecto de la segunda, debe estimarse, en tanto que la petición que en el suplico de la demanda se hace respecto al contenido de los pliegos no fue objeto del recurso especial formulado ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**QUINTO.-** Entrando propiamente en el examen de la cuestión de fondo, como se ha expuesto en el relato histórico contenido en el fundamento Jurídico Tercero, en esta Sección se ha tramitado Rollo de apelación nº 431/2013, procedente del Juzgado nº 2 de Alicante, cuyo objeto se haya plenamente relacionado con



el analizado en el presente proceso, habiendo recaído sentencia nº 757/2016, de fecha 20 de septiembre, por lo que transcribimos los extremos que aquí interesan y, que por los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica hacemos nuestros: " *OCTAVO* .- El núcleo de la decisión en ambos procesos será determinar la naturaleza del contrato de adjudicación del servicio de recogida de basura y limpieza viaria del Ayuntamiento de Villena, de la calificación que le demos derivan el resto de las cuestiones planteadas.

La Administración Local carece de competencias normativas en materia de contratación según el art. 25 de la Ley 7/1985, la referencia del art. 88 fue derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El art. 25.2.l) de la Ley 7/1985 establece el servicio de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos como competencia de los municipios, la forma de gestión de los mismos se regula en el art. 85.2 por gestión directa o indirecta con los caracteres que fija el precepto de cada una de ellas.

(.....)

*DÉCIMO* .-Se ha expuesto que los Ayuntamientos carecen de competencias normativas en materia de contratos, tienen libertad de pactos según el art. 25.1 del TRLCS:

(...) *En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración* . (...).

El problema que se plantea es si la libertad de pactos que consagra el precepto permite a un Ayuntamiento modificar el régimen jurídico de un contrato nominado, bien sea contrato de gestión de servicio público o contrato de servicios. La disposición final segunda del TRLCSP que regula los títulos competenciales no recoge como competencia exclusiva del estado - ex art. 149.1.18 de la CE - los preceptos que estamos examinando. El art. 50.2 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, establece como competencia de la Generalidad Valenciana el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias:

(...) *contratos y concesiones administrativas, en el ámbito de competencias de La Generalitat* . (...).

Significa lo expuesto que respetando la normativa básica del Estado puede dictar normas de desarrollo legislativo y ejecución en el ámbito de las competencias de la Generalidad, entre ellas, según el art. 49.8 del Estatuto de Autonomía el régimen local (respetando las normativa básica del Estado). En la Comunidad Valenciana no se han dictado normas en el sentido que se acaba de exponer, incluso para tramitar y resolver el recurso especial la Generalidad Valenciana suscribió convenio con la Administración del Estado (BOE 17.4.2013). El único soporte jurídico que tiene el Ayuntamiento para introducir modificaciones al régimen jurídico de los contratos reside en la libertad de pactos del art. 25 del TRLCSP.

*UNDÉCIMO* .- El Ayuntamiento, con la base jurídica que se ha expuesto en el fundamento de derecho anterior, en la cláusula 2º del PCAP expresamente califica el contrato objeto de debate contrato como "administrativo especial" del art. 5.2 y 19.1.b) del TRLCSP; tras la calificación, fija las normas que han de regir el proceso de selección y régimen jurídico, cuestión que trataremos de analizar en momento posterior. La Sala tiene constancia de la existencia de informes de las Juntas Consultivas de Contratación en el sentido de que, caso de no existir riesgo y ventura, no se puede calificar un contrato de "especial"; de igual forma, caso de superar el plazo de cuatro años del art. 303 del Texto Refundido no cabe encuadrarlo como "contrato de servicios", la interpretación desemboca en la calificación de contrato especial.

La Sala discrepa de esta interpretación, el art. 19.1 del TRLCSP establece:

(...)1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) *Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*

b) *Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.* (...).



El precepto nos ofrece dos claves para calificar un contrato como "administrativo especial":

Que tenga un " objeto " distinto al contrato de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla.

En el presente caso, el objeto del contrato no es distinto de los enumerados en el art. 19.1.a) -contratos nominados-; desde este prisma, nunca se podía calificar el contrato como especial, el objeto de las prestaciones lo impedía.

*DUODÉCIMO* .- Procede en este momento determinar la naturaleza de la prestación de servicio de recogida de residuos y limpieza de calles, con arreglo a la misma hacer la calificación, tal como nos indica el art. 5.1 del TRLCSP:

*(...) Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección. (...).*

Vamos a considerar en abstracto ambos tipos de contratos y ponerlos en relación con el servicio que sacó a concurso el Ayuntamiento de Villena:

Contrato de gestión de servicio público, lo define el art. 8.1 del TRLCSP:

*(...) 1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 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 o Mutua encomendante. (...).*

A juicio de la Sala, la prestación que saca a concurso el Ayuntamiento se acomoda a esta definición, las objeciones no se corresponden con la situación fáctica, los motivos son los siguientes:

a. El riesgo y ventura del contratista no viene de la posible concurrencia del resto de competidores en el mercado cuando se esté ejecutando, la competencia está en el proceso selectivo en función del precio que resulte de la adjudicación, una vez adjudicado, ningún competidor externo puede entrar en el mercado adjudicado.

b. Tampoco existe riesgo y ventura -según los apelados y sentencia- en el hecho de que dependa de la voluntad de los usuarios del servicio contratar o dejar de contratar el mismo. El servicio de recogida de residuos y limpieza viaria es de solicitud y recepción obligatoria para los ciudadanos, el precio de forma directa o indirecta lo fija la Administración, en el contrato de gestión de servicios públicos o de servicios tampoco depende de la voluntad de los ciudadanos contratar el servicio de recogida de residuos o limpieza viaria.

c. El riesgo -además de prestar el servicio en el precio ofertado y adjudicado- consiste en prestar el servicio con la infraestructura que consta en los pliegos y en las condiciones técnicas fijadas en el Pliego de Condiciones Técnicas, cita la parte como ejemplo: riesgo por las interrupciones del servicio (cláusula 19), por las inversiones a realizar (cláusula 20 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, en delante PCAP), y sobre todo por los modificados a que hace referencia el art. 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT).

d. Incluso por modificaciones legislativas, sirva de ejemplo la cláusula 7ª de revisión de precios anuales según el índice de precios al consumo desde el 1.1.2015, no permitida por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

e. El propio PCAP señala en la cláusula 10ª que el riesgo y ventura será de la empresa contratista en los términos del art. 215 del TRLCSP. Con la tesis de los apelados no existiría riesgo y ventura en las obras a precio cerrado del art. 233 del TRLCSP.

Se hace esta exposición siendo consciente la Sala del criterio de la normativa europea en las nuevas directivas 23, 24 y 25 del 2014 donde insiste en el riesgo y ventura del contratista como elemento esencial y en el acortamiento de los plazos para no cerrar el mercado. A juicio de la Sala en la ejecución del contrato existe riesgo y ventura para el contratista, a pesar del precio cerrado por anualidades y pago por meses.

Admitiendo a efectos dialécticos que no existe riesgo y ventura, el contrato sería de servicios a tenor del art. 10 del TRLCSP:



(...) Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. (...).

En este caso tenemos el posible impedimento del art. 303 respecto al plazo. En nuestro caso excede el previsto de cuatro años al tratarse de una duración de 10 años. La pregunta que surge de forma inmediata es ¿Cómo interpretar los supuestos donde contratos que podemos calificar de "nominados" no pueden integrarse en esas categorías por impedirlo alguna cláusula del PCAP o PCT?. La interpretación que hace esta Sala es: las Administraciones Públicas o Poderes Adjudicadores pueden establecer cláusulas y pactos referidos a criterios de adjudicación, puntuaciones, prestaciones etc pero no pueden establecer cláusulas que alteren el régimen jurídico nuclear o desnaturalicen un determinado tipo contractual, sería tanto como dejar en manos de la Administración el régimen jurídico de los contratos, sólo puede hacerlo el Estado -vía legislativa- haciendo uso de su competencia básica o las Comunidades Autónomas, en función de sus respectivas competencias, respetando el régimen básico.

Lo expuesto determina la nulidad de todo el concurso, tanto de las cláusulas como del proceso de selección.

*DECIMOTERCERO* .- Incidiendo en el punto anterior, la mutación del régimen jurídico ha incidido de forma directa en el sistema de selección:

En materia de publicidad, el concurso se ha publicado en la página web del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial de la Provincia la modificación acordada el 28 de febrero de 2013 (BOP 13.3.2013), alterando el régimen de publicidad de los arts. 141 y 142 del TRLCSP.

Exigencia de clasificación a los licitadores, la cláusula 21 tenía la siguiente exigencia de clasificación:

-GRUPO R, SUBGRUPO 5, CATEGORÍA D.

-GRUPO U, SUBGRUPO 1, CATEGORÍA D.

El art. 65 del TRLCSP sobre la exigencia de clasificación no es una norma que tenga carácter básico según la disposición final segunda del mismo cuerpo legal, el precepto sólo exige clasificación a los contratos de obras que superan determinados umbrales para el resto de contratos no es requisito indispensable, para los contratos de servicios se trata de una forma de acreditar la solvencia técnica, económica y financiera que no excluye otras formas de acreditación. Para el resto de contratos el precepto dice que no es exigible, si el Ayuntamiento entendió que se trataba de un "contrato administrativo especial" no podía exigir clasificación, tampoco para el contrato de gestión de servicio público o contrato de servicio. La legislación de contratación parte de dos principios básicos: publicidad y libre concurrencia. Las Administraciones Públicas en general y los Municipios en particular no pueden fijar en los pliegos requisitos que limiten la libre concurrencia excediéndose de la previsión legal, pueden determinar la clasificación como medio sustitutivo de acreditar la solvencia pero permitiendo el resto de las formas previstas por la Ley para cada tipo de contrato, de esta forma, se facilita a las empresas la dinámica burocrática pero no se limita la concurrencia, bastaría la existencia de esta cláusula para anular el concurso.

*DECIMOCUARTO* .- Realizado este análisis procede en este momento encajar las conclusiones con la complejidad procedimental y procesal que ha desembocado en la existencia de dos procesos que han terminado en la inadmisibilidad de ambas vías utilizadas por VIARSA. Se parte como premisa de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inadmisibilidad del recurso, máxime cuando el Ayuntamiento con su interpretación ha dado lugar a esta situación. La doctrina del Tribunal Constitucional, aplicable a los arts. 51 , 58 y 69 de la Ley 29/1998 ( SSTC 22/1985 , 39/1985 , 103/2003 , 327/2006 , 75/2009 , 27/2010 , 155/2012 ), es la siguiente:

a) Uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva -ex art. 24 CE - es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión.

b) Su control constitucional ha de verificarse de forma especialmente intensa, a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no "como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan" ( STC 141/2011 ), sino como "la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican.

c) La verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, no obstante, corresponde al Tribunal Constitucional revisar aquellas



decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable, desproporcionada o incurriendo en un error patente.

Con base a la doctrina del Alto Tribunal que acabamos de exponer:

1. Respecto a la vía del recurso ante la propia administración Municipal, entendemos que es acorde con la calificación que ha hecho el Ayuntamiento del contrato como "especial", es decir, entender -como se ha expuesto- por parte del Ayuntamiento que se trataba de un recurso de reposición ( art. 110.2 Ley 30/1992 ) y resolver sobre la cuestión planteada en vía administrativa y contencioso-administrativa.

2. Respecto al recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no olvidemos que el art. 58.2 de la Ley 30/1992 exige como requisito de la notificación la indicación de los recursos que *proceden sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente*. VIARSA entendió que el contrato debió calificarse como gestión de servicio público o servicios y acude al Tribunal de Recursos Contractuales para que revise el tipo de contrato y las cláusulas que le impedían presentarse como licitador.

La conclusión que obtiene la Sala es que si bien lo correcto sería haber utilizado una u otra vía, la utilización de ambas no puede desembocar en la inadmisibilidad, se trata de una interpretación que pugnaría con el art. 24 de la Constitución ".

**SEXTO.-** Finalmente, el Tribunal debe adecuar sus pronunciamientos finales al suplico de la demanda, declarando, en consecuencia, la nulidad de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22/11/2013, del Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Villena 26.09.2013 de adjudicación del contrato y del contrato de 10 de diciembre de 2013 por el que se formalizó la adjudicación, con retroacción del procedimiento a fin de que por el Ayuntamiento de Villena se celebre nueva licitación.

No podemos dar lugar a la pretensión de pronunciamiento sobre los pliegos, a tenor de la inadmisibilidad anteriormente aceptada.

**SÉPTIMO** .- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede hacer imposición de costas en la presente apelación al estimarse en parte el recurso.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso planteado por VIARSA AGUAS Y SERVICIOS S.L. contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22 de noviembre de 2013, el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Villena 26 de septiembre de 2013 y el contrato de 10 de diciembre de 2013 formalizado entre la citada Corporación Local y la adjudicataria, se anulan dichos actos administrativos por ser contrarios a derecho, ordenando la retroacción del procedimiento de contratación a fin de que por el Ayuntamiento de Villena se celebre nueva licitación.

Todo ello sin expresa condena en costas a la parte apelante.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, certifico,