



Roj: **STS 2112/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2112**

Id Cendoj: **28079130042017100242**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **2506/2015**

Nº de Resolución: **907/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2506/2015 interpuesto por el procurador de los tribunales D. Alvaro Garcia de la Noceda y de las Alas Pumarifiño en nombre y representación de CESP A (Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A.) contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2015 dictada en el recurso 301/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª, seguido a instancias de Acciona Servicios Urbanos, S.L. contra resolución 67/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de abril de 2014, por la que se estima el recurso interpuesto por la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A (CESPA) contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de 4 de marzo de 2014, por el que se adjudica el contrato de "gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la ciudad de Alcobendas" a Acciona Servicios Urbanos, S.L. Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Alcobendas representado por el procurador de los tribunales D. Angel de Dorremocha Guiot y Acciona Servicios Urbanos, S.L. representada por la procuradora de los tribunales Dª Gloria Messa Techman.

Ha sido ponente la Excm a. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 301/14 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2015, que acuerda: "Que debemos estimar y estimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L, anulando la resolución impugnada reseñada en el fundamento de derecho primero de esta resolución por no ser conforme a derecho, ya que debió declarar la inadmisión del recurso especial interpuesto por la mercantil Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA) y, en consecuencia, se declara la validez del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de 4 de marzo de 2014 adjudicando el citado contrato a Acciona Servicios Urbanos, S.L, impugnada en aquel recurso, debiendo el Ayuntamiento de Alcobendas indemnizar a Acciona Servicios Urbanos, S.L. en el 6% del beneficio industrial por el tiempo en que indebidamente se ha visto privada de prestar el servicio; con expresa imposición de las costas causadas en este recurso a CESP A, S.A. en los términos fijados en el fundamento de derecho cuarto de esta Sentencia".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de CESP A (Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A.) se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal por escrito presentado el 17 de septiembre de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.



CUARTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Alcobendas mediante escrito de fecha 4 de septiembre de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

La representación procesal del Acciona Servicios Urbanos, S.L. mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2016 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 2 de febrero de 2017 se señaló para votación y fallo para el 25 de abril de 2017, suspendiéndose por razones del servicio para su deliberación el 9 de mayo de 2017 en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de CESPAS (Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A.) interpone recurso de casación 2506/2015 contra la sentencia estimatoria de la Sección Tercera de la Sala del TSJ de Madrid de fecha 14 de noviembre de 2015 dictada en el recurso 301/2014 deducido por Acciona Servicios Urbanos, S.L. contra resolución 67/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de abril de 2014, por la que estima el recurso interpuesto por la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A (CESPA) contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de 4 de marzo de 2014, por el que se adjudica el contrato de "gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la ciudad de Alcobendas" a Acciona Servicios Urbanos, S.L.

La Sala anula la resolución impugnada al entender debió declarar la inadmisión del recurso especial interpuesto por la mercantil Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA). Y declara la validez del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de 4 de marzo de 2014 adjudicando el citado contrato a Acciona Servicios Urbanos, S.L, impugnada en aquel recurso, debiendo el Ayuntamiento de Alcobendas indemnizar a Acciona Servicios Urbanos, S.L. en el 6% del beneficio industrial por el tiempo en que indebidamente se ha visto privada de prestar el servicio.

La sentencia identifica en su PRIMER fundamento (completa en Cendoj Roj: STSJ M 4673/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4673) el acto impugnado al tiempo que reseña lo esencial de la pretensión ejercitada (nulidad de la resolución por excluir el pliego de cláusulas administrativas el recurso especial en materia de contratación) así como la oposición de CESPAS.

En el SEGUNDO principia indicando que la pretensión debe ser admitida para lo cual transcribe el contenido del art. 40 del RDL 3/2011, TRLCSP, sobre el recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del recurso contencioso administrativo. También reproduce los arts. 44 y 45 del mismo texto legal sobre procedimiento y efectos del recurso.

Tras ello en el TERCERO indica que *"nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público, mediante concesión (cláusula tercera del PCAP), consistente en la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria del municipio, cuyo plazo de ejecución es de 10 años (cláusula 13 del PCAP) y cuyo gastos de primer establecimiento estimados, según informe emitido por el Director General de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Alcobendas, a los efectos del artículo 40.1.c) del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, son de 61.000 euros, muy por debajo del umbral económico previsto en dicho artículo (500.000 euros). En dicho informe se dice que "no existe una definición específica de estos gastos en el TRLCSP vigente, por lo que para su elaboración se va a tener en cuenta lo recogido en el RD 1514/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, si bien, se va a utilizar como base el Plan General Contable de 1990, aprobado por RD 1643/1990, de 20 de diciembre, que era más descriptivo". A continuación enumera los gastos que considera como de primer establecimiento, los cuantifica y da la cantidad total ya mencionada de 61.000 euros".*

Adiciona que a consecuencia del mencionado informe la cláusula 23 del PCAP dispone que *"al no tratarse de un expediente de regulación armonizada ni tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos en que los gastos de primer establecimiento sean superiores a 500.000 euros no se podrá interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP"*.

Recalca que *"El mencionado PCAP no fue impugnado por los licitadores, por lo que devino firme y consentido al no ser impugnado en tiempo y forma"*.

Resalta que es una vez adjudicado el contrato a la empresa Acciona Servicios Urbanos SL, cuando otro de los licitadores, en concreto Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A (CESPA) recurre contra dicha adjudicación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, ignorando lo dispuesto en la cláusula 23 del PCAP y yendo en contra de sus propios actos ya que desde el momento en que los licitadores presentan sus ofertas aceptan el contenido de los Pliegos en su totalidad.



Destaca que la pretensión de que se declarase la inadmisión del citado recurso especial por el motivo concretado en la firmeza e inatacabilidad del Pliego, fue puesta de manifiesto al Tribunal Administrativo de Contratación Pública, tanto por el Ayuntamiento de Alcobendas como por la adjudicataria de contrato, la mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L. Pone de relieve que *"El Tribunal Administrativo de Contratación Pública, en lugar de acordar dicha inadmisión sin entrar a examinar las cuestiones de fondo planteadas, entra a analizar lo que se entiende por gastos de primer establecimiento, afirmando que, al no existir una definición explícita en la legislación contractual, hay que estar a una nota de la Presidenta del Tribunal de fecha 6 de junio de 2013, hecha pública mediante su página web, y conforme a la cual el concepto de gastos de primer establecimiento no debe interpretarse en el sentido estrictamente contable sino que debe incluir las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Desde este punto de vista la inversión inicial a cargo del adjudicatario en el contrato que nos ocupa excede de 500.000 euros, por lo que cabe dicho recurso especial, y en consecuencia, procede a revisar si la adjudicación del contrato ha sido o no conforme a derecho"*.

La Sala entiende que en el momento de la adjudicación ya no es posible examinar las cláusulas de los Pliegos de Condiciones Administrativas y de Prescripciones Técnicas, por haber quedado las mismas consentidas y firmes al no haber sido impugnadas en tiempo y forma.

Razona que *"Si la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA) entendía que la cláusula número 23 del PCAP no era conforme a derecho, por infringir lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, debió impugnarla en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hubieran sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley (artículo 44 c) del TRLCSP). En dicho momento el Tribunal Administrativo de Contratación Pública si podía entrar a examinar si procedía o no el recurso especial por ser los gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, a pesar de que el PCAP dispusiese que no cabe dicho recurso especial. Lo que no puede el Tribunal Administrativo de Contratación Pública es que, cuando los Pliegos no han sido recurridos y por tanto han devenido firmes y consentidos, ignore la existencia de una cláusula del mismo, que dispone que al no tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos en que los gastos de primer establecimiento sean superiores a 500.000 euros no se podrá interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, todo ello en base a un informe técnico que señala que los gastos de primer establecimiento alcanzan la cifra de 61.000 euros y, por tanto, inferior al umbral mínimo para que proceda dicho recurso, y proceda a tramitar el recurso especial y a pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en lugar de inadmitir dicho recurso, como le fue solicitado tanto por el Ayuntamiento de Alcobendas como por Acciona Servicios Urbanos, S.L."*

Concluye que Acciona Servicios Urbanos, S.L. se ha visto privada durante un determinado periodo de tiempo de ser adjudicataria del contrato procede, por lo que como solicita el Ayuntamiento de Alcobendas la indemnice en el 6% de beneficio industrial por el mencionado tiempo.

SEGUNDO. - 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA , alega infracción de los arts. 40.1.c) y 40.2.c), 40.5 y 41.4 TRLCSP y 12.1 LRJ-PAC , a lo que añade la violación de las normas atributivas de competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación en los contratos de gestión de servicios públicos.

Señala que la sentencia declara que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid debió inadmitir el recurso porque así lo dicen los pliegos, haciendo abstracción de lo que disponen las normas legales y reglamentarias al respecto, lo que lleva a la paradoja de que un órgano que se considera competente para resolver un recurso cuyo conocimiento le reserva la Ley debería declararse incompetente por mandato de los pliegos elaborados por el Ayuntamiento.

Entiende que se trata de una exigencia inaceptable a la luz del principio de legalidad.

Invoca la STS de 6 de marzo de 2012, rec. casación 3085/2006 .

1.1. Lo refuta la recurrida Acciona Servicios Urbanos SL señalando que al justificar de qué modo la infracción de tales preceptos ha sido relevante y determinante del fallo, el escrito reproduce los argumentos de la contestación a la demanda en lugar de atacar la sentencia.

1.2. Tampoco lo acepta el Ayuntamiento de Alcobendas.

Pone de relieve que CESPA interpuso el recurso especial en contradicción con el pliego que no había impugnado así como que el TACPCM se excedió de su competencia.

Añade compartiría la interpretación que realiza ACCIONA, acerca del presupuesto de gastos de primer establecimiento, en el sentido de incluir tan sólo las inversiones necesarias para el establecimiento del servicio, distinguiéndolas de aquellas otras que sean consecuencia del propio funcionamiento del servicio.



Objeta que la mercantil recurrente confunde estos términos incluyendo como gastos de primer establecimiento inversiones de explotación del servicio que incluye en su "proyecto de explotación" que aparece como documento nº 12 del expediente administrativo.

En apoyo de la tesis defendida tanto por ACCIONA como por el Ayuntamiento relativo a la interpretación restrictiva de "gastos de primer establecimiento", la cláusula 13 del propio Pliego establecía (como no podía ser de otra manera) que: *"Todos los medios operativos humanos y materiales, así como los equipos que no estén en servicio en la fecha de puesta en marcha, serán descontados de la certificación correspondiente"*.

De la referida cláusula deduce que las inversiones que no estuviesen a disposición de la ejecución del contrato desde el mismo momento de su inicio no deberían imputarse como gastos de primer establecimiento, no siendo por tanto determinantes en la "puesta en marcha del servicio".

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88.1 d) LJCA esgrime infracción de la jurisprudencia (STS 19 de marzo 2001, rec. 565/1994 , 4 de julio 2006, rec 9890/2003) sobre la consideración de los pliegos como ley del concurso en relación con los arts. 25.1 y 115.2 TRLCSP, los preceptos indicados en el anterior motivo en relación con la procedencia y competencia para resolver recursos especiales en materia de contratación y los arts. 105.c) y 149.1.18.a CE y el art. 62.1.b) LRJ-PAC .

Consideran que aunque no se hayan impugnado los pliegos, las cláusulas contrarias a normas de orden público establecidas por Ley no pueden tener efecto alguno.

2.1. Tampoco lo acepta la recurrida Acciona Servicios Urbanos SL.

Indica que como en el motivo anterior, no realiza un juicio crítico del modo en que la doctrina jurisprudencial sentada en dichas sentencias ha sido vulnerada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Señala que los supuestos analizados nada tiene que ver con el enjuiciado en la Sentencia ahora impugnada, toda vez que al momento de dictarse ni siquiera existía en nuestro ordenamiento el recurso especial en materia de contratación.

2.2. Asimismo lo rechaza el Ayuntamiento de Alcobendas.

Sostiene que, compartir la interpretación que pretende CESP, equivaldría a admitir un "chantaje" que una empresa podría plantear a una administración en el caso de no resultar adjudicataria de un contrato, invocando extemporáneamente unos supuestos vicios de los que adolecería un Pliego, que no impugnó en el momento procesal oportuno, contradiciendo con su actitud, el acatamiento de sus determinaciones cuando presentó su oferta.

Señala que la recurrente introduce de forma artificial, cuestiones de "orden público" relativas a una supuesta privación de competencias del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, para romper la doctrina de la "Ley del Contrato", que no es tal.

Indica que el citado Tribunal excediendo las competencias que legalmente tiene atribuidas entró a conocer de un recurso especial, para cuyo conocimiento, no tuvo en ningún momento competencias y teniendo además en cuenta que no se puede admitir tampoco alegaciones relativas a la vulneración de cuestiones de "orden público" en el clausulado de un Pliego, por quien ha tomado parte en la convocatoria, conociendo de antemano sus determinaciones, sin discutir las, ni impugnarlas cuando tuvo oportunidad para ello.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88 1 d) aduce infracción del art. 110.2 LR.3-PAC en relación con el art. 24 CE y violación de las normas que indican que en caso de error en la calificación de un recurso debe el mismo tramitarse atendiendo a su verdadero carácter, sin pérdida de la posibilidad de impugnar el acto que en su día se recurrió ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

3.1. Asimismo lo rechaza la recurrida Acciona Servicios Urbanos SL .

Indica que, como se reconoce en el escrito de preparación, tales normas no han sido invocadas a lo largo del proceso judicial por ninguna de las partes, ni han sido consideradas por la Sala sentenciadora, de modo que en modo alguno han sido determinantes del fallo.

A su entender el motivo formulado no guarda relación con lo debatido en la instancia, por lo que constituye una cuestión nueva que, con independencia de que pudiera esta fundada, no puede ser examinada en casación (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010, recurso de casación 4097/2006).

3.2. Algo similar argumenta el Ayuntamiento de Alcobendas al subrayar que no guarda relación con lo debatido en la instancia ni fue invocado ni aplicado por la sentencia impugnada.

Interesa su desestimación.



4.. Un cuarto motivo al amparo del art. 88.1.c) LJCA por infracción de los arts. 67.1 y 33.1 LJCA y, de forma subsidiaria , 218.1 y 3 y 209.3 y 4 LEC .

Sostiene incongruencia al no haberse pronunciado la sentencia sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso y haber declarado la validez del acto de adjudicación sin analizar los motivos de fondo esgrimidos contra el mismo.

Defiende que, la sentencia habría omitido, el análisis del motivo suscitado por las partes en la instancia sobre la validez o no de la oferta de Acciona y, con ello, del acto de adjudicación del contrato.

4.1.Es refutado por la recurrida Acciona Servicios Urbanos SL

Sostiene que aunque se alega incongruencia omisiva de la sentencia, la recurrente confunde pretensiones con argumentos. Recalca que el objeto del recurso consistía en la impugnación de la resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y ello en base a diversos motivos que se articulaban en el escrito de demanda, con carácter claramente subordinado.

Destaca que el tribunal Constitucional ha negado la existencia de incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen se encuentra subordinado a la decisión que se adopta, como ocurre en el presente caso, en el que se estima la inexistencia de un requisito para el acceso al recurso especial, defecto formal que impide entrar en la resolución de la cuestión de fondo que ha sido planteada (por todas, STC 4/1994, de 17 de enero de 1994).

4.2. Lo refuta el Ayuntamiento de Alcobendas.

Defiende que no hay incongruencia cuando se desprende la desestimación. Así si la Sala del TSJ entiende debió inadmitirse el recurso especial obsta cualquier consideración ulterior.

TERCERO.- Invirtiendo el orden de los motivos debemos examinar en primer lugar el último motivo de la sociedad recurrente al apoyarse en un quebrantamiento de forma, lo que resulta prioritario respecto al fondo.

En aras a los principios de brevedad y economía procesal, nos remitimos a los fundamentos tercero y cuarto de la Sentencia de esta Sala (Sección 7ª) de 6 de octubre de 2015, recurso casación 2299/2014 en cuanto a la doctrina general sobre la congruencia y la motivación, reiterada en la de 21 de setiembre de 2016, recurso de casación 4078/2014.

Tienen razón las recurridas cuando objetan que son sólo las pretensiones las que exigen una respuesta congruente.

No es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas no sustanciales (STC 51/2010, de 4 de octubre , FJ 3º.), salvo que estemos ante una alegación fundamental suscitada oportunamente por las partes (STC 24/2010, 27 abril FJ 4º) en que no cabría la respuesta conjunta y global.

Si atendemos a tales criterios el alegato de la sociedad CESP, demandada en instancia, no puede prosperar.

Pretende se entre en el fondo del examen de una adjudicación no discutida en el proceso contencioso-administrativo en instancia en que la demandante, Acciona Servicios Urbanos, S.L. solo ejerció la nulidad de la resolución de 10 de abril de 2014 emanada del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mientras la demandada, CESP, Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A, interesó la desestimación del recurso.

La posición de la parte demandada viene configurada por la pretensión de la demandante. En consecuencia solo puede interesar la desestimación de la acción ejercitada por la demandante y , por ende, la confirmación del acto administrativo impugnado.

Aquí la actora en instancia, Acciona Servicios Urbanos SL interesó la declaración de no conformidad a derecho de la resolución del Tribunal administrativo de Contratación Pública con la subsiguiente pretensión de anulación de la misma y confirmación del acuerdo de la Junta de Gobierno local de Alcobendas de adjudicación del contrato controvertido. En paralelo, la demandada CESP SA respetando el marco procesal pidió la desestimación del recurso.

No está de más subrayar que en el recurso contencioso-administrativo no cabe una reconvención o una pretensión adicional, como si acontece en el proceso civil (art. 770 LEC). En tal sentido se pronunció de forma clara la STS 16 de abril de 2003, recurso 3269/2000 al declarar que "en el recurso contencioso administrativo la parte demandada no puede "formular pretensiones", a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvención".



En consecuencia, resultaba ajeno al proceso de instancia, cualquier pronunciamiento sobre la validez o no de la oferta de Acciona, SL.

La Sala se pronunció, de forma clara y precisa, sobre el objeto de la impugnación, la improcedencia de la actuación del tribunal de contratación así como de la personación de CESPASA ante el mismo respecto de un contrato a cuyas bases se aquietó.

No ha habido, pues, la incongruencia atribuida.

No prospera el motivo.

CUARTO.- También invirtiendo el orden de los motivos vamos a despejar el tercero respecto del que las partes recurridas ponen de manifiesto se trata de una cuestión nueva.

Ha de recalarse que los preceptos invocados como infringidos en su interpretación o como vulnerados por su falta de aplicación en la Sentencia no pueden ser esgrimidos por vez primera en sede casacional. (STS 26 de febrero de 2013, recurso de casación 896/2012 , con cita de otras anteriores).

Por ello la introducción de cuestiones nuevas, como aquí acontece con la pretendida infracción de la ley de procedimiento administrativo, no esgrimida al contestar la demanda ni aplicada por la Sala, conduce a la inadmisión del motivo como reiteradamente mantiene este Tribunal (SSTS 23 de enero de 2009, recurso de casación 4709/2006 , 19 de julio de 2010, recurso de casación 3143/2007 , 8 de noviembre de 2010, recurso de casación 1469/2009).

QUINTO.- Los dos primeros motivos pueden ser examinados conjuntamente dada su imbricación al residenciarlos la sociedad recurrente en el hecho de superar la cifra de los llamados gastos de primer establecimiento para poder acceder al recurso especial.

Tienen razón las partes recurridas acerca de que en el segundo motivo no se realiza un juicio crítico de la sentencia recurrida respecto a la esgrimida vulneración de la jurisprudencia invocada.

Máxime si nos atenemos a que la Sentencia de 4 de julio de 2006, recurso de casación 9890/2003 afirma " *Así en Sentencia de diecinueve de marzo de dos mil uno afirmamos que "esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001 , la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía*".

Que el pliego es la Ley del concurso, y por ello del contrato, como nos recuerda la Sentencia citada, es una constante de nuestra jurisprudencia, de modo que su aceptación impide a posteriori impugnar sus determinaciones puesto que la presentación de la solicitud presupone la aceptación íntegra de las bases que de ese modo se consienten y alcanzan firmeza para quien las asume, por lo que pugna con el principio de buena fe y lealtad que preside las relaciones jurídicas otra conducta, tanto más si la misma procede de quien además fue adjudicatario del contrato, que de ese modo conculca el principio que prohíbe ir contra sus propios actos.

Justamente la Sala de instancia asume tal doctrina plenamente sin que se vislumbre -en los pliegos- la existencia de normas palmariamente contrarias al orden público que permitieran su impugnación ulterior ni tampoco la existencia de una redacción confusa de las cláusulas como si acontecía en el supuesto examinado en la STS de 22 de junio de 2016 .

La Sala de instancia subraya que el clausulado fijando los gastos de primer establecimiento, a partir de informes emitidos por órganos municipales, fue aceptado por la sociedad recurrente por lo que no cabe entrar ahora en si estaba bien o mal calculado.

SEXTO.- Resulta hecho notorio para este Tribunal la problemática derivada de las distintas interpretaciones mantenidas por los tribunales administrativos regionales de recursos contractuales acerca de los llamados "gastos de primer establecimiento".

Se trata de un concepto ajeno a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, así como ausente en el borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015, informado por el Consejo de Estado el 10 de marzo de 2016, trasponiendo la Directiva 2014/25/UE , de 26 de febrero.



Así se puso de relieve en la STS de 22 de junio de 2016, recurso casación 1636/2015, en la que fue parte la empresa Acciona Agua Servicios, SL.

No puede prevalecer la interpretación administrativa (nota de la presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid acerca del concepto "gastos de primer establecimiento") sobre la jurisdiccional (art. 106.1. CE) por lo que la Sala de instancia no ha quebrantado la irrenunciabilidad de la competencia administrativa pretendida por la sociedad recurrente.

Incumbe a los órganos de la jurisdicción contenciosa pronunciarse sobre si la administración Pública, carácter que ostenta el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ha actuado o no conforme a la ley y al derecho (art. 103 CE).

En la STS de 22 de junio de 2016 confirmamos una Sentencia del TSJ de Castilla y León que declaró un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación tras haber sido anulada la resolución de inadmisibilidad del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Aquí el contrato en discusión en instancia es un simple contrato de gestión de limpieza viaria y recogida de residuos del municipio de Alcobendas respecto del cual la cláusula 23 interpretada por la Sala de instancia no se vislumbra contraria al orden público.

No se trata como en el supuesto enjuiciado en la precitada STS de 22 de junio de 2016 de la necesidad de selección previa de un socio privado de una sociedad de economía mixta expresamente creada para prestar el servicio público integral del agua. Es decir una fórmula de Colaboración Público Privada Institucionalizada ahora regulada en la DA 29 del TRLCSP tras su inclusión en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible que se reputa sujeto a regulación armonizada y, por tanto sí susceptible de recurso especial, art. 40.1. a) TRLCSP, aunque nada hubieren dicho los pliegos.

No se acogen los motivos primero y segundo.

SÉPTIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado cuarto del art. 139 LJCA, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima".

Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil, la cantidad de 3.000 euros a cada parte recurrida.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de CESPAS (Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A.) contra la sentencia estimatoria de la Sección Tercera de la Sala del TSJ de Madrid de fecha 14 de noviembre de 2015 dictada en el recurso 301/2014 deducido por Acciona Servicios Urbanos, S.L. contra resolución 67/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de abril de 2014, por la que estima el recurso interpuesto por la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A (CESPA) contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de 4 de marzo de 2014, por el que se adjudica el contrato de "gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la ciudad de Alcobendas" a Acciona Servicios Urbanos, S.L. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico