



Roj: **STSJ M 4673/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:4673**

Id Cendoj: **28079330032015100238**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/05/2015**

Nº de Recurso: **301/2014**

Nº de Resolución: **232/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MALDONADO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4673/2015,**
STS 2112/2017,
ATS 7737/2017

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2014/0010289

Recurso nº 301/2014

Ponente: Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Recurrente : Acciona Servicios Urbanos, S.L.

Representante: Procurador Dña. Gloria Messa Teichman

Parte demandada: Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A (CESPA)

Representante: Procurador D. Álvaro García De La Noceda

Parte codemandada: Ayuntamiento de Alcobendas

Representante: Procurador D. Noel Alain De Dorremochea Guiot

SENTENCIA NÚM. 232

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a 14 de Mayo de 2015.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 301/2014 interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L. interpone el presente recurso contencioso administrativo



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.; habiendo sido parte demandada la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A (CESPA) y el Ayuntamiento de Alcobendas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 13 de Mayo de 2015.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L. interpone el presente recurso contencioso administrativo 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 SL, anulando la citada resolución, procediendo el rechazo de la oferta de Acciona, debiendo proceder a la nueva calificación de las ofertas y previos los trámites del artículo 151.2 del TRLCSP adjudicar a la siguiente oferta mejor clasificada.

Pretende la recurrente se anule la resolución impugnada y se declare la inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA) frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de adjudicación del mencionado contrato y confirmando, por tanto, esa adjudicación, reconociendo como situación jurídica individualizada el derecho a ser indemnizada con el beneficio industrial por el tiempo que se haya visto privada de ser adjudicataria de contrato, alegando, en síntesis, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en su cláusula 23 expresamente estableció 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*". Añade que, según informe del Director General de Medio Ambiente, el presupuesto de gastos de primer establecimiento lo fija en 61.000 euros. Por tanto, los costes de la puesta en marcha del servicio que se adjudica, reflejados en los estudios preparatorios del contrato, determinan que no se superan los umbrales para que sea admisible el recurso especial en materia contractual. Por otro lado, señala que los Pliegos no habiendo sido impugnados en su momento vinculan en sus propios términos a los licitadores y a los órganos de contratación. En dicho sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, y la cláusula 23 del PCAP, en base a los estudios preparatorios del contrato, determina la improcedencia del recurso especial. Por tanto, la mercantil Compañía Española de Servicios Auxiliares SA, que al presentar su oferta aceptó los pliegos, no puede ir contra sus propios actos y cuando los resultados de la licitación le son adversos, modificar los Pliegos interponiendo dicho recurso especial. En consecuencia, la resolución impugnada es contraria a derecho ya que debió haber declarado la inadmisibilidad del recurso.

La representación procesal de CESPA, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. se opone a la pretensión actora argumentando que no resulta procedente la causa de inadmisión del recurso especial en materia de contratación alegada de contrario, con fundamento en el artículo 40.1.c) del Real Decreto Legislativo 3/2011 , por el que se aprueba el TRLCSP, ya que nos encontramos ante un contrato de gestión



de servicio público mediante concesión, de duración superior a 5 años (plazo de ejecución de 10 años) y en cuanto a los gastos de primer establecimiento el Ayuntamiento de Alcobendas, ha tomado al fijarlo en 61.000 euros el concepto estrictamente contable y en el caso debatido, desde el momento inicial se exigen inversiones para el establecimiento del servicio público que ascienden a 5.846.266,40 euros. En consecuencia los gastos de primer establecimiento superan con creces el umbral de los 500.000 euros previstos en el TRLCSP, como así se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública.

SEGUNDO.- Las pretensiones del recurrente merecen tener favorable acogida por los motivos que expone en su demanda y que esta Sala comparte en su integridad.

En primer término pasamos a exponer la normativa en la materia.

El artículo 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el TRLCSP dispone en su apartado primero que *"Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores"* añadiendo en su apartado c) los *"contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años"*. Por otro lado, el apartado segundo del artículo 40 menciona los actos que pueden ser objeto de este recurso, entre los que señala, en lo que aquí interesa, en los apartados a) y c) *"los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación" y "los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores"*. Por su parte el apartado quinto y sexto dicen que *"No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa" y "el recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo"*.

Por su parte el artículo 44 de dicha normativa referente al procedimiento y plazo de interposición del recurso dispone en su apartado segundo 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 art. 151.4. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior: a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley"*. El artículo 45 se refiere a los efectos de la interposición del recurso en los siguientes términos *"Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación"*.

TERCERO.- En el caso enjuiciado, 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.

Como consecuencia del mencionado informe la cláusula 23 del PCAP dispone en lo referente al recurso especial en materia de contratación 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"*.

El mencionado PCAP no fue impugnado por los licitadores, por lo que devino firme y consentido al no ser impugnado en tiempo y forma. No es necesario recordar que los Pliegos de cláusulas administrativas



particulares (PCAP) y los Pliegos de prescripciones técnicas (PPT), que las leyes sobre la contratación administrativa imponen en los contratos administrativos constituyen en sentido metafórico, de acuerdo a reiteradísima jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la " ley del contrato "lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

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, no formulando recurso administrativo ante los órganos competentes de la entidad local o recurso jurisdiccional ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad de Madrid, sino 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.

La pretensión de que se declarase la inadmisión del citado recurso especial por el motivo concretado en la firmeza e inatacabilidad del Pliego, que no fue impugnado en su momento, 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. 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.

Esta 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; cláusulas que vinculan a todos los que participan en el procedimiento de licitación y a la Administración contratante.

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 .

A la vista de lo expuesto procede estimar el presente recurso contencioso administrativo anulando la resolución impugnada 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, declaramos 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.

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

CUARTO.- Procede imponer las costas de este recurso a la parte demandada Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA), conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , al haber sido



desestimadas todas sus pretensiones; si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 2000 euros.

No procede imponer costa alguna al Ayuntamiento de Alcobendas, ya que, como él afirma en su escrito de 27 de noviembre de 2014, en ningún momento compartió ni la admisión del recurso especial por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública ni los argumentos y conclusiones de la resolución del citado Tribunal de 10 de abril de 2014, impugnada en los presentes autos, habiéndose visto obligada a acatar dicha resolución y modificar su anterior criterio con el fin de no ocasionar perjuicios a los ciudadanos de Alcobendas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

FALLAMOS

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 CESPA, S.A. en los términos fijados en el fundamento de derecho cuarto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe Recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de diez días a partir de su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, hallándose celebrado audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.