



Roj: **STSJ PV 2401/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:2401**

Id Cendoj: **48020330012015100395**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2015**

Nº de Recurso: **518/2014**

Nº de Resolución: **352/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 518/2014**

**DE Ordinario**

**SENTENCIA NÚMERO 352/2015**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veinte de julio de dos mil quince.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 518/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN 76/2014 DE 31-7-2014 DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI ESTIMATORIA PARCIAL DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN CONTRA ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE "SERVICIOS GENERALES DE LIMPIEZA VIARIA, RECOGIDA Y TRANSPORTE DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS, RENOVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL COMPLEJO MEDIOAMBIENTAL MUNICIPAL Y OTROS SERVICIOS AFINES TRAMITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE GETXO Y RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA CONTRA SU EXCLUSIÓN DEL CITADO PROCEDIMIENTO.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : AYUNTAMIENTO DE GETXO, representado y dirigido por D. IGNACIO JAVIER ETXEBARRIA ETXEITA, secretario general de dicho ayuntamiento.

- **DEMANDADA** : UTE GETXO SERVICIOS URBANOS, representada por el Procurador D. PEDRO CARNICERO SANTIAGO y dirigida por el Letrado D. ÍÑIGO JOAQUÍN BÁRCENA ROJÍ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** El día 3-9-2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. IGNACIO JAVIER ETXEBARRIA ETXEITA, actuando en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE GETXO, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi de 31-7-2014, que estimando parcialmente el Recurso Especial interpuesto por la firma INBISA, S.A., contra su exclusión y contra la adjudicación del contrato de "servicios generales de de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, renovación y explotación del complejo medioambiental municipal y otros servicios afines" de dicho municipio, que fue adjudicado mediante acuerdo de 27-5-2014 a la UTE CESPAS-ASASER decidía declarar nulos los artículos 6, 50, 62, 67, 83 y 84 del Pliego de Condiciones Técnicas que habían regido el concurso y, declarar la nulidad de todo lo actuado; quedando registrado dicho recurso con el número 518/2014.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución impugnada en su totalidad o, subsidiariamente, se declare la nulidad del apartado segundo de dicha resolución.

**TERCERO.-** Por Decreto de 20-4-2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**CUARTO.-** Por resolución de fecha 29-6-2015 se señaló el pasado día 2-7/2015 para la votación y fallo del presente recurso.

**QUINTO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso-administrativo el Ayuntamiento recurrente impugna la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, - OARC-KEAO en adelante-, de 31 de Julio de 2.014, que estimando *parcialmente* el Recurso Especial interpuesto por la firma "INBISA, S.A", contra su exclusión y contra la adjudicación del contrato de "*servicios generales de de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, renovación y explotación del complejo medioambiental municipal y otros servicios afines*" de dicho municipio, que fue adjudicado mediante acuerdo de 27 de mayo de 2.014 a la "UTE CESPAS-ASASER" decidía declarar nulos los artículos 6,50, 62, 67, 83 y 84 del Pliego de Condiciones Técnicas que habían regido el concurso **y, "declarar la nulidad de todo lo actuado."**

Se ha apartado del presente proceso como entidad inicialmente personada en calidad de demandada la referida "Inbisa, S.A", apareciendo desistido igualmente el R.C- A nº 660/2.014 promovido separadamente por dicha firma frente a la misma resolución.

Pendiente de señalamiento para Sentencia se encuentra en cambio el R.C-A nº 636/2.014 promovido por la Unión Temporal de Empresas que resultaba adjudicataria, bajo de denominación de "UTE GETXO SERVICIOS URBANOS", que se fundamenta en motivos similares al presente.

En resumen, el recurso que ahora se examina repasa los antecedentes de la licitación a efectos de dicho contrato, sus participantes y la sucesión de trámites seguidos, destacando que en fecha de 7 de Febrero de 2.014 la Mesa de Contratación, en vista de los informes jurídicos y técnicos obrantes, acordó la exclusión de la mercantil "Inbisa S.A" por tres diferentes razones, -inclusión de variantes no previstas en los pliegos, (art. 147 TRLCSP); incumplimiento objetivo paulatino del 50% de recogida selectiva; y falta de proposición de equipos, modelos de contenedor y camiones del Artículo 83 del PCT-. Notificada la exclusión de la misma, junto con la de otra licitadora, el 14 de marzo de 2.014 se registró Recurso de Alzada contra el acuerdo de exclusión, desestimado por el Pleno municipal el 27 de Mayo de 2.014, y de acuerdo con el trámite seguido que se detalla, -f. 106-107 de estos autos-, en esa misma fecha se adjudicaba el contrato, promoviendo la referida firma Recurso Especial contra ambos acuerdos, desestimatorio de la alzada y de adjudicación, el 23 de Junio de 2.014, quedando en suspenso la formalización del contrato prevista para el 30 de Junio de 2.014.

Tras los referidos antecedentes suscita diferentes cuestiones que se enumeran y sintetizan de la manera que sigue;

-Disconformidad a derecho de la Resolución del OARC-KEAO por ser procedente la *inadmisibilidad del Recurso Especial* formulado por "Inbisa, S.A" -f. 108 a 110-. Se alude en este punto a que dicho órgano rechaza la calificación dada al contrato y lo califica como "**de servicios**" con lo que lo admite, muy a pesar de que no quepa dejar sin efecto el contenido de los pliegos que nunca han sido recurridos por dicha firma, y sin que en la calificación dada al contrato pueda apreciarse causa de nulidad de pleno derecho, que el OARC en grado alguno justifica.

-Disconformidad a derecho de la Resolución por *calificación incorrecta del contrato*. Apartado éste en que la representación del municipio recurrente, en contra del criterio del Órgano resolutorio, pese a descartar



que pueda calificarse como "*de Gestión de Servicios*", desarrolla los fundamentos que considera procedentes para llegar a calificarlo como de "*contrato especial*" que estaría fuera de los supuestos de contratos de servicios incardinables en el Anexo II del Texto Refundido -art. 10-, puesto que la categoría 16 (alcantarillado y eliminación de desperdicios; servicios de saneamiento y similares), no se contrae al tipo de servicios que se han licitado.

-Disconformidad a derecho por resultar *extemporáneo* el recurso especial de "*Inbisa, S.A.*". El plazo del artículo 44.2 TRLCSP de 15 días, a contar desde remitirse la notificación del acto impugnado, emitiéndose las mismas el 3 de junio y depositándose en correos el día 5 de Junio, finalizaba el **23 de Junio**, y no el 24 como el OARC considera.

-Disconformidad a derecho por deber ser desestimado el Recurso Especial en base al *abuso de derecho* de "*Inbisa, S.A.*" al volverse contra sus propios actos siendo así que había aceptado el contenido de los pliegos y la calificación dada por ellos al contrato.

-Disconformidad a derecho por incurrirse en *incongruencia* de conformidad con el artículo 47.2 TRLCSP, tanto en su vertiente omisiva, como interna y *ultrapetita*, de acuerdo con el desarrollo que se hace al respecto en las páginas 22 a 25 del escrito de demanda.

-Por último, se tiene por disconforme a derecho la resolución en cuanto declara la nulidad de diferentes partes del Pliego de Cláusulas Técnicas, (ahora en su vertiente de fondo). E, igualmente, en tanto infringe el principio de conservación de los actos administrativos.

**SEGUNDO.**- Dicho esto, se aprecia inmediatamente que el proceso cuenta con una dimensión esencialmente procedimental, y toda la problemática que el Ayuntamiento de Getxo plantea en esta vía con respecto a la admisibilidad del Recurso Especial que interpuso "*Inbisa S.A.*" y que dio al traste con el procedimiento de licitación, se centra en la calificación del contrato sacado a licitación, tanto en lo relativo a la misma competencia del OARC como en lo relativo a si se interpuso o no fuera de plazo.

En torno a la competencia de dicho órgano, -siempre improrrogable a la vez que irrenunciable-, no es necesario abundar en que el artículo 40.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público faculta al mismo para conocer estrictamente de los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicha disposición cuyo valor estimado sea superior a 200.000 €. De tratarse, como la Administración municipal recurrente defiende, de un *contrato administrativo especial* de los mencionados en el artículo 19.1.b) TR, la vía impugnatoria emprendida por *Inbisa, S.A.* (distinta que la ofrecida por el pie de la resolución impugnada) no resultaría idónea y estaría llamada a su decaimiento.

Respecto a la fecha en que el Recurso se interpuso, el OARC asume la extemporaneidad del mismo dentro del régimen específico del artículo 44, pero entiende que la notificación y el ofrecimiento del recurso contencioso-administrativo resultaban erróneos (siempre en función de la indebida calificación del contrato por parte del Ayuntamiento convocante), de suerte que, en base al artículo 58.2 LRJ-PAC y a la doctrina jurisprudencial, no podrían causar perjuicio al administrado ni impedir la tramitación del recurso o remedio procedente. -F.J Segundo-

Deduca igualmente la *manifiesta incompetencia* del Ayuntamiento, -con el alcance del artículo 62.1 b) LPAC -, para resolver un Recurso de Alzada frente al acuerdo de exclusión del concurso de la referida firma impugnante, en la medida en que habría asumido indebidamente con ello las potestades del Órgano Especial creado al efecto y sustituido el recurso del artículo 40 TR por el común de los artículos 114 y ss de la LRJ-PAC. -F.J Tercero-

Por último, en el F.J Cuarto, aprecia que dicha entidad mercantil contaba con legitimación tanto si se anulaba su exclusión como si se confirmaba la misma, puesto que en este último caso, se había deducido la pretensión subsidiaria de nulidad de pleno derecho del pliego y la consiguiente nulidad de todo lo actuado, "*lo que podría suponer la tramitación de un nuevo procedimiento con el mismo objeto, al que podrían presentar nuevas ofertas las empresas excluidas*"

De todo este encadenamiento de pronunciamientos procedimentales interlocutorios lo primero que va a destacar esta Sala es que no cabe compartir el enfoque del municipio recurrente en torno al primero de esos puntos, entendiendo que el OARC, por el hecho de admitir el recurso, esté revisando y dejando sin efecto la cláusula primera del PCAP y los propios pliegos que concebían el contrato como de naturaleza administrativa especial, fuera ya de toda posibilidad de impugnarlos.

Antes bien, lo que debe apreciarse es que, -más allá de toda iniciativa de oficio que altere las pretensiones ejercitadas, como luego se abundará-, cualquier órgano de justicia administrativa y, en todo caso, aquellos a los que se asignan cometidos revisores especiales delegados con estatuto de autoridad independiente,



puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes y organismos sujetos a control y fiscalización, que pudiera vaciar de contenido el régimen de impugnación. Así lo ha hecho en este caso el referido OARC-KEAO, (luego se examinará si con acierto) al fin básico y primordial de fijar y definir la competencia que se afirmaba por la sociedad mercantil impugnante y de decidir sobre la viabilidad del objeto pretendido, sin que esa instrumental apreciación implique alcance inicial anulatorio de cláusula alguna.

Partiendo de lo anterior, y como hemos visto que el referido órgano privaba seguidamente de eficacia a cuantas actuaciones de régimen común, (Recurso de Alzada), y comunicaciones en sede de la Administración convocante del concurso, tomasen razón de ser en la naturaleza especial del contrato, a efectos de restablecer el cauce del Recurso Especial del TRLCSP 3/2.011, y colocar al recurrente en la posición que con arreglo al mismo le correspondería, se hace indispensable abordar si realmente el contrato en licitación se encuadra dentro de las previsiones de impugnabilidad del artículo 40.1.b) del mismo.

Y, a juicio de esta Sala, la cuestión relevante en este punto no es tanto la más amplia de la verdadera naturaleza especial que el Ayuntamiento emplea y defiende conforme al artículo 19.1.b) TR, -que es aspecto que el OARC no podría definitivamente fiscalizar fuera del ámbito de su competencia revisora-, sino la de su inclusión en el referido artículo 40.1.b) como contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicha disposición cuyo valor estimado sea superior a 207.000 €.

En este sentido, la Resolución recurrida se pronuncia en favor de que se está ante un contrato de servicios como el definido ampliamente por el artículo 10 del Texto Refundido, y en el que caben figuras en que se recaban del adjudicatario prestaciones de hacer para gestión directa de un servicio municipal sin transferencia del riesgo de explotación, por más que las inversiones a realizar comporten plazos de amortización superiores a la duración máxima del tipo contractual.

Este criterio es replicado en el proceso por la Administración municipal recurrente con remisiones a un anterior informe del expediente de contratación, rechazando que se está en presencia de un "*contrato de servicios*", y añadiendo que las prestaciones del mismo, -de recogida de residuos y de transporte de los mismos-, no se incardinan en las categorías del Anexo II del TRLCSP, pues la categoría del apartado 16 que se barajaba por la recurrente, no se refiere al contenido del mismo, lo que resulta capital, a su criterio, para determinar si se trata de un contrato de servicios o un *contrato administrativo especial*, que sería lo que la doctrina administrativa entendería cuando una prestación no tiene cabida en ninguna de las categorías que la ley recoge como "*servicios*" y está a la vez vinculada al giro o tráfico específico de la entidad contratante.

Esta cuestión merece algún mayor detenimiento que el que puede desprenderse de esas posiciones esquemáticas enfrentadas.

La clasificación de servicios del artículo 10 se rige por una nomenclatura o codificación comunitaria que no se reduce al enunciado sintético de la primera columna izquierda del Anexo II. En el caso de la categoría 16 se refiere a la referencia CPC 94 y a las referencias CPV provisionales.

Hay que tener en cuenta que ese Anexo II del Texto Refundido dedica la categoría 16 a los, "**Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares. 94. (Referencia CPC), De 90400000-1 a 90743200-9 (excepto 90712200-3) De 90910000-9 a 90920000-2 y 50190000-3, 50229000-6 50243000-0.**" (Referencia CPV).

Ahora bien, la lógica aplicativa de ese cuadro anexo no puede detenerse en una somera verificación del enunciado primero y general, prescindiendo de las correspondencias que las mencionadas codificaciones comprenden con una mucha mayor extensión descriptiva de servicios incluidos en ellas.

Esas correspondencias se encuentran indicadas en Anexo II del Reglamento (CE) 213/2.008, de 28 de Noviembre de 2.007, y suponen una dilatada relación que seguidamente vamos a extraer para transcribir la parte más atinente al supuesto enjuiciado en estas actuaciones procesales, anticipando que en esa nomenclatura se integran, no solo los servicios relacionados con el alcantarillado y el saneamiento, limpieza del mismo y tratamiento de aguas residuales, sino un elenco incomparablemente más amplio de servicios que comprende la recogida de basuras y desperdicios domésticos y sólidos urbanos, su transporte, eliminación, incineración y reciclado y, en general todos los "*servicios relacionados con residuos y desperdicios*".

Por ello, sin poder entrar en mayor detalle que el que la parte demandante expresa en su escrito de demanda, la incardinación del contrato licitado en dicha categoría se nos hace bastante notoria, sin dejar tampoco de lado que el artículo 12 TRLCSP 3/2.011, de 14 de Noviembre, consagra la figura del *contrato mixto* diciendo que, "*Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá*



*en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico".*

Es decir, que la hipotética convergencia de rasgos de dos o más figuras típicas no abocaría directamente a la consideración de contrato "especial" sino a valorar el predominio de una de tales configuraciones legales, que difícilmente resultaría ser otra que la del artículo 10.

Se adjunta seguidamente el aludido cuadro, en el que, como se ha señalado, se extraiga una parte significativa mínima de las correspondencias a que pueda dar lugar la mencionada categoría 16 del Anexo II del Texto Refundido, y para dar una perspectiva gráfica de lo que se ha venido argumentando:

En cambio, lo que singulariza al contrato administrativo especial no es esa amalgama de caracteres de varios de los típicamente administrativos, -artículo 19.1.a)-, sino su índole común e inicial atipicidad como tal contrato administrativo, unida a la vinculación específica 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 la misma.

De ahí que la tarea a emprender caso a caso por el intérprete sea la de deslindar esos contratos especiales de los comunes, y no de los típicamente administrativos.

Como muestra, se hace una seguida recensión parcial de la STS de 30 de abril de 2.013, (ROJ. 2.335/13), en que se aborda esta disyuntiva entre el contrato privado y el administrativo especial.

"En ambos casos lo que se plantea es la calificación del contrato como administrativo especial o privado, lo cual constituye una cuestión de selección del Ordenamiento Jurídico aplicable, para su posterior aplicación, cuestión que está muy alejada de lo que es simple problema de interpretación de las cláusulas de un contrato, como sostiene el Abogado del Estado. (.)

Ante la identidad de casos contemplados en este Recurso de casación y en el Recurso de Casación nº 306/2009, la exigencia de unidad de doctrina, inherente a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley ( artículos 9.3 y 14 de la Constitución ), impone aquí reiterar el criterio interpretativo que allí se siguió, dando a la cuestión planteada la misma respuesta que la que en aquél se contiene. En la sentencia citada decíamos:

«SEXTO.- Expuestas, en síntesis, las respectivas pretensiones y al examinar el recurso de casación procede analizar, en primer lugar, ( art. 88.1.d LJCA ) el motivo primero basado en la infracción del artículo 5.2.b) TRLCAP, por entender que se ha vulnerado dicho precepto y ser de aplicación el artículo 5.3 del TRLCAP, que se considera vulnerado en el segundo motivo. Sostiene la recurrente en efecto que los contratos suscritos por el Consorcio de la Zona Franca de ( ) con las Sociedades recurrentes no son contratos administrativos de naturaleza especial.

Sobre este punto, recuerda la parte recurrente que el art. 5.2 de TRLCAP, después de declarar en su apartado a) que eran contratos administrativos los contratos típicos de obras, servicios, suministros, consultoría y asistencia técnica, añadía en el apartado b) que también tendrían carácter administrativo: "**Los de objeto distinto a los anteriormente expresados** , pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directiva o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una Ley".

La sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho segundo se basa en la Sentencia de este Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 1995 , y a la vista de tal jurisprudencia, considera que los contratos son administrativos, sin que tenga razón de ser examinar si son subsumibles en el art. 5.3 o en el 5.2.b) del TRLCAP. Y ello "por muy normal o habitual que sea esa forma de actuar (privada) del Consorcio con respaldo en su normativa legal y estatutaria o por muy cuestionada que resulte la decisión de tal Consorcio tras el cambio de Delegado y de gestores y por muy forzado (según las demandantes) que sea informar el servicio jurídico del Estado para justificar la actuación del Consorcio y ello constituya en su parecer un supuesto fraude en derecho".

Sostiene la parte recurrente que existen diferencias entre el caso resuelto por la Sentencia recurrida y la Sentencia de 31 de octubre de 1995 , pues ésta se refiere a un supuesto de hecho totalmente diferente (concretamente, a la venta sin fines especulativos, en pública subasta, de una parcela de un Polo de Promoción creado por Decreto con la obligación impuesta al comprador en el Pliego de Condiciones de instalar una industria en un plazo determinado) y a un contrato suscrito por la Diputación Provincial de La Coruña y no a un contrato suscrito por el Consorcio de la Zona Franca de ( ), que está sujeto a un régimen jurídico y a un status, específico y especial, distinto. La Sentencia mencionada trata de un caso en el que se aplicó la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (modificada en 1973 y en 1986).

En el supuesto presente, estamos ante un caso de aplicación de una Ley posterior, del TRLCAP nº 2/2000 y sostiene la parte recurrente, con acierto, que si bien como dice la Sentencia de 31 de octubre de 1995 , durante



la vigencia de la Ley de contratos de 1965 se ensanchó el ámbito conceptual de los contratos administrativos en razón a la finalidad de interés público perseguida, también lo es que con posterioridad se recondujo la situación justamente en el sentido de no calificar como administrativo cualquier contrato que la Administración celebrara en el que se persiguiera una finalidad de interés público, porque entonces, como la Administración por definición ha de perseguir siempre fines de interés público ( art. 103 de la Constitución ), se habría acabado la categoría de los contratos de derecho privado de la Administración. Y recuerda que esta fue precisamente la "ratio" de la redacción de los arts. 5.2.b), 5.3, y 9 del TRLCAP de 2000. El art. 5.2.b) se refiere, como ya hemos indicado, a los contratos administrativos de naturaleza especial, categoría desconocida hasta entonces, y el art. 8.2 de dicha norma establece que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de estos contratos se hará constar "*su carácter de contratos administrativos especiales*" y la "*competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos*", nada de lo cual se hizo en el caso presente."

En suma, la Resolución del OARC impugnada no quedaría sólidamente desvirtuada por el hecho de apreciar la presencia de una contratación de servicios del repetido artículo 10 TRLCSP y descartar que se esté ante la calificación contractual que el Ayuntamiento demandante le atribuye, sino que lo que inhabilita dicha decisión competencial del órgano de revisión especial es incluir dicho contrato en el ámbito del artículo 40.1.b) sin el menor razonamiento específico y sin tener en cuenta que dicho Recurso Especial tan solo se da respecto de los **"Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros"**. No es, por tanto, la cuestión de las calificaciones contractuales la determinante, sino la del régimen y marco competencial en que dicho recurso se desarrolla, que, obvio resulta, no engloba a todos los contratos de servicios que puedan identificarse como tales de acuerdo con el artículo 10 TR y el Anexo II, sino solo a aquellos que, por razones más o menos coyunturales, se correspondan con las categorías numéricas que acaban de expresarse, en ninguna de las cuales consta, ni se razona mínimamente, que se encuentre el recurrido, solo materia de controversia y defensa en cuanto a la categoría 16 de acuerdo con el Recurso interpuesto.-F. 536 a 625 del e.a, y, en especial, folio 549-

Con ello debe ya prosperar el recurso jurisdiccional, aunque lo sea en razón del postulado *iura novit curia* , y no de la estricta fundamentación que el municipio demandante emplea, que no ha sido compartida.

**TERCERO.-** En todo caso, y a mayor abundamiento , no debe dejarse de mencionar que otros de los motivos del presente recurso podrían haber alcanzado igualmente acogimiento, en la medida en que la Resolución impugnada, -en la hipótesis de la procedencia del recurso-, acogía que la exclusión del concurso de *Inbisa*, S.A aparecía fundada, -F.J Décimo, -f. 22 de estos autos-, no obstante lo cual procedía a anularla en función de declarar la *nulidad de pleno derecho* de diversos preceptos del Pliego de Cláusulas Técnicas que entendía condicionantes de tal exclusión, lo que se producía al margen de los pedimentos del recurso, - f. 625-, limitados a que se retrocediese en el procedimiento para dar lugar a admisión de *Inbisa*, S.A con exclusión del resto de las licitadoras, y, subsidiariamente, a declarar la nulidad de pleno derecho del artículo 111 del PCT.

Respecto de la alegada incongruencia, apunta entre otras muchísimas la STS de 28 de Marzo de 2.003 , (Ar. 3.034), siguiendo criterios jurisprudenciales constantes, que se da, " . siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita, ( SSTS. Sala Primera de 18 de Noviembre de 1.996 , ( Ar. 8.213), de 5 de Noviembre de 1.997 , (Ar. 7.884), y de 31 de marzo de 1.998 , (Ar. 2.038), entre otras muchas), exigiéndose para ello según la Jurisprudencia de este Tribunal (Sentencia de 6 de Junio de 1.998 , entre otras) *«la confrontación entre los pronunciamientos de su parte dispositiva y el objeto del proceso, de la que se deducirá la adecuación, o no, entre el resultado que pretenden obtener los litigantes, los hechos que sustentan sus pretensiones y las razones jurídicas en que se basan»*, toda vez que el vicio de incongruencia, entendido como un desajuste entre el fallo y los términos en que las partes formulan sus pretensiones puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutivo de una efectiva denegación de la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia judicial, como se indica en la Sentencia de esta Sala y Sección de 7 de Mayo de 1.998 , (Ar. 4.630)."

Y esa constante Jurisprudencia dice asimismo que los órganos judiciales de lo Contencioso-Administrativo, -lo que supone un régimen trasladable a mero nivel conceptual a un órgano como el que en este caso ha actuado-, *"están obligadas a juzgar dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de las alegaciones formuladas para sustentar el recurso y la oposición, de tal manera que existe incongruencia tanto cuando la sentencia se detiene, "citra petita partium", y omite resolver sobre alguna de las pretensiones formuladas, como cuando resuelve "ultra petita partium" sobre pretensiones no formuladas y, finalmente, cuando se desvía de los términos en que se plantea la controversia y falla "extra petita partium" sobre cuestiones diferentes de las planteadas"*. -De la STS de 16 de Febrero de 2.009 . (R.J. 1.800).



Por ello nos permitimos anticipar que el tipo de incongruencia que la parte actora denuncia encierra el aspecto más determinante de la incongruencia *ultra petita*, en la medida en que el OARC habría decidido sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la firma licitadora recurrente, y, de ser así, no puede dudarse de que determinadas incongruencias en tales acuerdos, -si son desvirtuadores de la función revisora que les compete, o incurrir en *reformatio in peius* -, determinarán la invalidez del acuerdo adoptado.

Ese alcance debe atribuirse por tanto a aquellos supuestos en que el órgano de revisión especial, apartándose de la causa de pedir y de las concretas peticiones del recurrente, decide otras opciones sobre el concurso o sobre otras fases del mismo que no han sido materia de impugnación, erigiéndose él mismo en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente, o sus cláusulas y pliegos, de manera que su revisión desborda el límite natural jurídico administrativo procedimental -comprensivo, a lo sumo, de acuerdo con el artículo 89.1 LRJ-PAC, de todas las cuestiones o motivos que pueda suscitar el expediente y previa audiencia de partes si son suscitados de oficio-.

Esa incongruencia por exceso de jurisdicción encuentra por demás un marco idóneo de plasmación en el propio artículo 40.2 del TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2.011, de 14 de noviembre, donde se delimitan los diferentes actos impugnables en esa vía con una patente separación de su naturaleza y presupuestos de recurribilidad.

Así, son recurribles;

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. *Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

El artículo 44.2, por su parte, establece otro de los presupuestos fundamentales relativos a la impugnación de cada uno de esos actos, que es el plazo. Así dice 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.

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 artículo 158 de esta Ley. ( )

De este modo se deduce, en efecto, que el recurso contra los pliegos y el recurso contra la exclusión o la adjudicación no se solapan ni interrelacionan, constituyendo expresiones claramente diferenciadas de la especial revisión contractual, con lo que ni siquiera implícitamente puede considerarse que los pliegos o determinados apartados o cláusulas de los mismos que no han sido materia de ataque en su momento, -y que son en usual máxima, la "*ley del contrato*" -, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un recurso especial promovido contra la exclusión o la adjudicación, al punto de que, si fuese uno de los interesados legítimos quien lo hiciera, la pretensión incurriría en una desviación insalvable y no podría ser siquiera examinada.

Finalmente el artículo 47.2 TRLCSP, señala que;

" La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas *cuestiones se hubiesen planteado*. En todo caso, **la resolución será congruente con la petición** y, *de ser procedente*, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones."

Es corolario necesario que, por más que el órgano especial de revisión contractual reúna las facultades que le habilitan para suprimir o anular las mencionadas cláusulas y características, tal prerrogativa solo puede



ejercitarla en el marco de la congruente revisión de los actos que en cada caso se hayan sometido a su conocimiento, y atendiendo estrictamente a los pedimentos del recurso.

La conclusión es, por ello, que la Resolución recurrida en este proceso deberá ser anulada por razones jurídico-procedimentales.

**CUARTO.-** Procede acoger en tales términos el recurso, sin que en ausencia de partes demandadas haya lugar a imposición de costas. - Artículo 139.1 LJCA -.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala emite el siguiente,

## FALLO

**QUE ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO EN REPRESENTACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO CONTRA RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, DE 31 DE JULIO DE 2.014, QUE ESTIMABA PARCIALMENTE RECURSO ESPECIAL PROMOVIDO POR "INBISA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.A" CONTRA ACUERDOS MUNICIPALES PLENARIOS DE 27 DE MAYO DE 2.014 SOBRE EXCLUSIÓN DE LA RECURRENTE Y SOBRE ADJUDICACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS DEL CONTRATO DE LOS SERVICIOS GENERALES DE LIMPIEZA VIARIA, RECOGIDA Y TRANSPORTE DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS, RENOVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL COMPLEJO MEDIOAMBIENTAL MUNICIPAL Y OTROS SERVICIOS AFINES, Y DECLARAMOS DISCONFORME A DERECHO Y ANULAMOS DICHA RESOLUCIÓN, SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS.**

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0518 14, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao, a 20 de julio de 2015.