



Roj: **STSJ GAL 5436/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:5436**

Id Cendoj: **15030330022015100460**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **09/07/2015**

Nº de Recurso: **4180/2014**

Nº de Resolución: **479/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ANTONIO MENDEZ BARRERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00479/2015

Procedimientos Ordinarios Nº 4180/2014 y 4234/2014

EN NO MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

D.ª. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

En la ciudad de A Coruña, a nueve de julio de dos mil quince.

En los recursos contencioso-administrativos acumulados que con los números 4180 y 4234 de 2014 penden de resolución en esta Sala, interpuestos, respectivamente, por el **Servicio Galego de Saúde (SERGAS)**, representado y dirigido por la **Letrada de la Xunta de Galicia**, y por "**Ferrovial Servicios, S.A.**", representada por **D. Víctor López-Riobóo y Batanero** y dirigida por **D.ª María del Valle Gaviria**, contra la resolución de 28-3-2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Es demandada la **Asociación Provincial de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra (AELPO)**, representada por **D.ª Ana María Tejelo Núñez** y dirigida por **D. Jaume Figueras Coll**. Actúan como codemandadas la "**Asociación Mantemento CHUO**", representada por **D. Xulio López Valcárcel** y dirigida por **D. José Arcos Álvarez**, y la **UTE " Vías y Construcciones, S.A., "CRC Obras y Servicios, S.L." y "Extraco Construccións e Proxectos"**, representada por **D. Xulio López Valcárcel** y dirigida por **D. Juan Carlos Gortázar Bereincua**. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo Nº 180/2014, se practicaron las diligencias oportunas y se mandó que por la parte recurrente se dedujese demanda, lo que realizó a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho pertinentes, solicitó que se dictase sentencia estimando íntegramente el recurso interpuesto. Iguales trámites se siguieron en el recurso Nº 4234/2014, en el que se formuló demanda con igual pretensión. Por auto de 7-10- 2014 se acordó la acumulación de ambos procesos.



SEGUNDO : Conferido traslado de las demandas a la parte demandada para contestación, se presentó escrito de oposición con los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, y se suplicó que se dictase sentencia desestimando el recurso. Lo mismo hizo la entidad "Asociación Mantenimiento CHUO" al cumplimentar dicho trámite. La otra parte codemandada no contestó a la demanda.

TERCERO : Una vez practicadas, con el resultado que consta en autos, las pruebas admitidas, y cumplimentado el trámite conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y votación, a cuyo fin, por providencia de 22-6-15, se fijó el 2-7-15.

CUARTO : En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente el Magistrado Sr. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Es objeto de los presentes recursos contencioso-administrativos acumulados la resolución de 28-3-2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), dictada en los recursos acumulados números 110, 117 y 124 de 2014, que estimó los interpuestos por la Asociación Provincial de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra (AELPO), la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) y la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), del expediente AB-EIO1-14-003, relativo al contrato "Servicio de Gestión Integral de Espacios del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense", y anuló dichos pliegos.

SEGUNDO : La resolución del TACRC objeto de recurso anula los pliegos del indicado concurso porque las prestaciones que constituyen su objeto no pueden agruparse con el fin de constituir un contrato mixto y de atribuir la realización de todas ellas a un solo contratista, pues ello supondría una clara restricción del principio de concurrencia, y no puede ampararse en lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Contratos del Sector Público porque esas prestaciones no están directamente vinculadas entre sí ni mantienen relaciones de complementariedad, ya que si bien la concurrencia de esa vinculación y complementariedad podría admitirse entre el suministro energético prestacional y el mantenimiento, no se da de forma clara entre esas dos prestaciones y las de limpieza, desinsectación y desratización y seguridad y vigilancia. La resolución del TACRC no examina otras cuestiones planteadas por las partes ante él recurrentes -duración del contrato superior a cuatro años, no fijación de importes parciales de cada servicio a efectos de clasificación y solvencia, participación del adjudicatario en la financiación de la obra y realización de mejoras en las instalaciones, información sobre la subrogación en los contratos de trabajo- porque considera que son consecuencia directa de la calificación del contrato como mixto, por lo que, al acordar la nulidad de los pliegos por haberse configurado indebidamente como mixto, no es necesario entrar a conocer de los demás motivos de impugnación.

TERCERO : En la demanda del SERGAS se alega que al haber procedido el TACRC del modo que acaba de indicarse, y al no haber impugnado su resolución en vía jurisdiccional las entidades recurrentes en vía administrativa, no pueden estas ahora insistir en el contenido inicial de sus recursos administrativos. También considera el SERGAS que dicho modo de resolver incurre en un defecto formal generador de inseguridad jurídica y que le causa indefensión, puesto que, aunque en un nuevo concurso se adaptase al parecer del TACRC, subsiste el riesgo de su impugnación basada en los motivos no examinados en la resolución que aquí se impugna. En cuanto al defecto formal, su apreciación sería relevante si alguna de las partes pidiese la anulación de la resolución del TACRC para que se retrotrajesen las actuaciones a efectos de que dictase una nueva en la que resolviere todas las cuestiones ante él planteadas, pero esto ninguna lo hace. La otra cuestión ha de ser resuelta de acuerdo con lo que se deduce de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 67/2009 y 103/2005, que versaron sobre la necesidad de adherirse al recurso de apelación interpuesto de contrario por quien había obtenido una sentencia favorable, pero que no acogía todos los motivos que había expuesto como fundamento de sus pretensiones. El Tribunal consideró que quien no podía recurrir una sentencia porque satisfacía sus pretensiones no tenía que adherirse al recurso de apelación de la parte contraria, y declaró en la primera de dichas sentencias " *es irrazonable y, por tanto, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exigir al demandante que ha obtenido una Sentencia favorable en primera instancia en el orden contencioso-administrativo que se adhiera al recurso de apelación interpuesto de contrario como requisito para que, en su caso, puedan ser objeto de pronunciamiento en la apelación todos aquellos motivos de recurso que, habiendo sido correctamente planteados en la primera instancia, quedaron sin analizar por haberse estimado el recurso en virtud de un motivo distinto de impugnación* ". Del mismo modo, hay que considerar que la parte que ha obtenido la satisfacción de sus pretensiones en un recurso administrativo no tiene la obligación de recurrir la resolución en el caso de que no estimase todas las causas de nulidad que



había alegado; pero lo que sí tiene que hacer es insistir en la concurrencia de esas causas no apreciadas al oponerse en la vía judicial al recurso interpuesto por otra parte contraria. Y eso no lo hace la entidad AELPO, única de las recurrentes en vía administrativa que se personó en este proceso, al contestar a la demanda; y no pueden ser tenidas en cuenta las alegaciones de la Asociación Mantenimiento CHUO porque, aunque también presentó recurso ante el TACRC, le fue inadmitido por extemporáneo, y esta decisión quedó firme.

CUARTO : Las entidades demandantes sostienen que sí se da entre las prestaciones integradas en el contrato litigioso la complementariedad y vinculación a la que se refiere el artículo 25.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), así como también la unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad y a la consecución de un fin institucional propio del ente contratante, puesto que se trata de un contrato mixto de servicios y suministros destinados al funcionamiento de un hospital público de forma que se dé la respuesta más adecuada en tiempo y forma a las necesidades existentes, tanto de los usuarios como de los profesionales, y al mismo tiempo se obtenga un ahorro económico para la Administración, así desde el punto de vista del consumo de energía como de la simplificación de la estructura organizativa y funcional, con la consiguiente disminución de costes por las sinergias producidas y las economías de escala. Las entidades demandantes consideran que los razonamientos que contiene la resolución impugnada son contrarios a diversas normas vigentes e incluso a declaraciones anteriores del mismo Tribunal. Así, la resolución recurrida reproduce otra que declara que las exigencias del artículo 25.2 de la LCSP deben analizarse en términos jurídicos y no económicos, cuando las Directivas 18/2004 y 2014/24 UE, al hablar de la necesidad de celebrar un único contrato mixto dicen que esa necesidad puede deberse a motivos tanto de carácter técnico como económico. El Real Decreto Ley 6/2010 trata de impulsar en materia de energía los contratos que incluyan un conjunto de prestaciones, como inversiones inmateriales, obras y suministros. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23-7-2009 incluye la limpieza como una de las prestaciones integrantes de un contrato de suministro de energía y gestión energética de edificios públicos. El artículo 11 de la LCSP incluye entre los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado el de gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. El Real Decreto 475/2007 clasifica los servicios integrales a edificios e instalaciones como una de las actividades económicas. La Consulta vinculante V2764-10 de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo se refiere a la gestión integral de edificios como integrada por las prestaciones de mantenimiento, limpieza, seguridad y vigilancia, suministro de bienes, etc. En el undécimo fundamento de la Resolución 149/2012 del TACRC se dice " *A estos efectos interesa destacar que, la integración de todos los artículos a suministrar recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución del suministro y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración* "; y en el primer fundamento de su Resolución 188/2011 " *De esta manera, la integración de todas las prestaciones de servicios recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración* ". Por ello tienen que acogerse las alegaciones de las partes actoras de que las razones expuestas en la resolución impugnada para la estimación de los recursos son contrarias a la normativa citada y a declaraciones del propio TACRC realizadas en resoluciones anteriores.

QUINTO : Como ya se indicó, la resolución impugnada considera que la configuración de las diversas prestaciones en un contrato mixto y la atribución de la realización de todas ellas a un solo contratista supone una clara restricción del principio de concurrencia. Las entidades demandantes alegan al respecto que el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato, la publicidad que se le dio y lo establecido en el PCAP sobre uniones de empresarios y subcontratación suponen la inexistencia de esa restricción. El Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las Pyme a los contratos públicos, redactado para garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas, considera que una de las dificultades con las que se encuentran dichas empresas es la relacionada con el tamaño de los contratos; y para superarla propone recurrir a la posibilidad de que los operadores económicos se agrupen, o de que aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica de forma conjunta. Esta posibilidad es facilitada en el PCAP del contrato litigioso, ya que en su artículo 5.3.1.f) prevé que para las prestaciones que tengan que ser realizadas por empresas especializadas con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente pueda suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar su ejecución con otros empresarios que dispongan de ella. Y en el mismo artículo hay un epígrafe destinado a las uniones de empresarios, y el 4.2 contiene una remisión al artículo 59 de la LCSP al regular la capacidad para contratar. En consecuencia también tiene que ser considerada como incorrecta la referida apreciación realizada en la resolución impugnada, por lo que, y por lo anteriormente expuesto, procede su anulación y la estimación de los recursos con la declaración de ser conformes a derecho los pliegos litigiosos.

SEXTO : Aunque de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional las costas del recurso, al ser estimado, habrían de ser impuestas a la parte demandada, al no ser ella, en razón de



la especialidad de este proceso, la autora de la resolución impugnada, procede apartarse de esa regla general y no hacer imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Estimamos los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Servicio Galego de Saúde y por "Ferrovial Servicios, S.A ." contra la resolución indicada en el primer fundamento de esta sentencia y la anulamos, y declaramos conformes a derecho los pliegos del contrato mencionado en dicho fundamento. No se hace imposición de costas.

Esta sentencia es susceptible del recurso ordinario de casación del artículo 86 de la L.J.C.A. de 1998 , que habrá de interponerse ante esta Sala mediante escrito a presentar en el plazo de diez días.

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, Secretaria, certifico.