

Recurso 18/2025
Resolución 57/2025
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 31 de enero de 2025.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PARKING SEVILLA PUERTO S. L.** contra anuncio, los pliegos y demás documentos contractuales, que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de Servicio de Gestión de Zona Regulada de Aparcamientos (ORA) en el núcleo urbano de Matalascañas, perteneciente al Municipio de Almonte (Huelva)» (expte. 11763/2024), convocado por el Ayuntamiento de Almonte (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de diciembre de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 40.632.954,87 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante ese mismo día.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 15 de enero de 2025, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PARKING SEVILLA PUERTO S.L. (en adelante la recurrente) contra el anuncio de licitación y los pliegos. En el escrito de recurso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el recurso presentado, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, no remitida anteriormente con ocasión de otro recurso interpuesto contra los mismos actos. Habiéndose dado traslado además para que, en el plazo de dos días hábiles, a contar desde el 16 de enero de 2025 (fecha del requerimiento), para que además de remitir la documentación, entre otras cuestiones, literalmente, y ante la solicitud de medida cautelar por la entidad recurrente, remita a este Tribunal:

“Las alegaciones efectuadas y suscritas por el órgano de contratación en relación con la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente. Transcurrido el plazo sin que se hayan formulado las mismas, se continuará el procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LCSP”.

Habiéndose solicitado igualmente en otro recurso especial la suspensión (recurso 17/2025, interpuesto por otra entidad mercantil) que tiene como objeto los mismos actos, el procedimiento resulta afectado, dado que se ha adoptado por el Tribunal mediante la medida cautelar 9/2025, de 20 de enero la medida cautelar solicitada.

TERCERO. Cumple advertir en estos antecedentes que, a los efectos de la determinación de la competencia, el 17 de enero de 2025, a las 10:56 a.m. se recibe en una de las direcciones de correo electrónico genéricas habilitadas al Tribunal un correo electrónico desde la dirección de correo electrónico “t.....d.....@aytoalmonete.es”, con el siguiente contenido):

“(...) sin perjuicio que se reproduzca mediante la comunicación oficial que proceda una vez recibamos la documentación, que la competencia para la Resolución de Recurso Especial se encuentra señalada por este Ayuntamiento en el Tribunal dependiente de la Excm. Diputación Provincial de Huelva mediante acuerdo Plenario de fecha 12 de agosto de 2024 (se le acompaña certificado del mismo), por lo que se derivaría la falta de competencia del TARCJA en este asunto”.

Se adjunta con dicho correo electrónico un documento que contiene una certificación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 12 de agosto de 2024, correspondiente al expediente 7618/2024, en donde se expresa que habiéndose examinado una propuesta de resolución, la PR/2024/2995 de 5 de julio de 2024, se acuerda *“atribuir competencias para la resolución de recursos especiales en materia de contratación que se formulen frente a los actos y decisiones a que se refiere el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como las reclamaciones reguladas en los artículos 119 y ss. del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas Directivas de la Unión Europea, correspondientes al Ayuntamiento de Almonte, al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Huelva”.*

CUARTO. Si bien no se habían remitido aún los datos de los licitadores y la documentación solicitada por el órgano de contratación (expediente e informe al recurso especial), al haberse remitido y contar este Tribunal con los datos de los licitadores en el recurso especial 17/2025, se concedió trámite de alegaciones a las entidades interesadas el día 21 de enero de 2025 por la Secretaría del Tribunal para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

QUINTO. El día 22 de enero de 2025, el Ayuntamiento de Almonte remite informe al recurso especial, así como también remite el resto de la documentación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Primero. Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisibilidad del recurso y de la cuestión de fondo suscitada en el mismo, procede analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, teniendo en cuenta el único documento que ha remitido el Ayuntamiento de Almonte es la citada certificación de la persona titular de la Secretaría de la citada Corporación Local del pleno celebrado el 12 de agosto de 2024, en el que se adoptó el acuerdo de adhesión y atribución de competencias para la resolución de



recursos especiales en materia de contratación al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva.

Pues bien, el artículo 46 de la LCSP relativo al órgano competente para la resolución del recurso en las comunidades autónomas y entidades locales, dispone en su apartado primero que *«En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad»*. Asimismo, el primer párrafo de su apartado cuarto establece que *«En lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación»*.

Al respecto, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, lo define en su artículo 1 como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10 de dicho Decreto, modificado por el Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, dispone lo siguiente:

«1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en los términos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1.c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.

3. Con la excepción que se contempla en el párrafo segundo de este apartado, en caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos y reclamaciones respecto a los actos de dichas entidades.



Cuando los recursos y reclamaciones se interpongan respecto de actos dictados por Diputaciones Provinciales o municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía exigirá la suscripción de convenio con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda en el que se estipulen las condiciones para sufragar los gastos derivados de esta asunción de competencias».

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las entidades locales de Andalucía o de sus poderes adjudicadores vinculados, hay que estar a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al mencionado artículo 10 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues solo en el caso de que estas no opten por la creación de sus propios órganos, ni acrediten la asistencia de la Diputación Provincial, será cuando este Tribunal tenga competencia para resolver los citados recursos.

En este sentido, es necesario recordar que este Tribunal tiene establecida una constante doctrina respecto de la cuestión de la competencia y la extensión de la jurisdicción de los órganos administrativos o tribunales de resolución del recurso especial en materia de contratación. Se trata de órganos administrativos especializados creados por la legislación nacional y autonómica, como exigencia del Derecho de la Unión Europea, desde el punto de vista de la naturaleza y caracteres del propio recurso especial, constituyéndose éste como garantía de independencia hacia los administrados.

La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en cuanto los caracteres y requisitos que deben reunir estos órganos especializados señala lo siguiente:

- Considerando número 22 indica que *«el órgano de recurso independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante»* debe examinar todos los aspectos pertinentes para establecer si razones imperiosas de interés general requieren que se mantengan los efectos del contrato en los supuestos en que se declare su ineficacia.

- Artículo 2.3 establece que se somete *«a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador»* un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato y que los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso.

- Artículo 2.9 contiene referencias que también son de aplicación a los órganos de naturaleza no jurisdiccional encargados de resolver los recursos. En efecto, dicho precepto señala que:

«Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.

El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la



duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.».

Estamos, por tanto, ante un concepto de independencia que se construye sobre la base de criterios formales (jurisdiccional o no) y criterios funcionales (la condición de sus miembros, su nombramiento, la duración del mandato o su revocabilidad).

A tal fin para abordar esta cuestión hemos de remontarnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (Asunto C-393/92), donde el Tribunal identificaba seis criterios que confieren la condición de “órgano jurisdiccional”: el origen legal del órgano; su permanencia; el carácter obligatorio de su jurisdicción; el carácter contradictorio del procedimiento; la aplicación de normas jurídicas y la independencia (considerando 21). De este modo, concluía que la petición de justicia que se producía en el marco de un procedimiento finalizaba con una decisión calificable con el carácter de “jurisdiccional”.

De esta jurisprudencia derivan una serie de criterios determinantes de la naturaleza de “órgano jurisdiccional” (a los efectos de considerar que es posible que los órganos administrativos de control de la contratación pública pudieran plantear una cuestión prejudicial). Respecto de los caracteres señalados, por un lado, estaría el requisito del origen legal, es decir, el origen legal de la creación del órgano. En segundo lugar, sería la vocación de su nacimiento con carácter de permanencia, es decir que el mismo no hubiera sido creado “ad hoc” para conocer de un recurso o asunto concreto. En tercer lugar, el carácter de jurisdicción obligatoria, lo cual supone que las partes están obligadas a dirigirse al órgano para la resolución de un litigio, en dos sentidos, ya sea porque las resoluciones que dicta son vinculantes y coercibles, ya sea porque sus resoluciones administrativas solo son recurribles en vía contencioso-administrativa. Otras notas necesarias serían que el procedimiento fuera contradictorio (que los interesados pueden presentar escritos de alegaciones y pruebas en apoyo de sus pretensiones y solicitar la celebración de vista pública), que lleven a cabo la aplicación de normas jurídicas, así como el consabido carácter independiente (funciones desarrolladas con plena autonomía, sin vínculo de subordinación y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno).

Todos estos caracteres tienen un corolario común, ofrecer la garantía de la independencia y mostrar, desde el inicio del procedimiento, cuáles son todas las reglas sustanciales de desenvolvimiento de una determinada licitación. Así, el documento básico donde se han de plasmar estos caracteres como garantía de la transparencia, igualdad, y no discriminación son los pliegos, los cuales como veremos suponen determinadas exigencias que tienen la consideración de contenido de mínimo necesario que resultará invariable, salvo que se produzca su previa modificación siempre y cuando sea ello posible.

Es decir, los pliegos son los documentos básicos y esenciales de cualquier licitación pública que garantizan el desenvolvimiento de la licitación conforme a los principios y garantías legales que rigen el procedimiento. Los pliegos contienen los derechos y obligaciones de las partes, de tal modo que únicamente el contrato podrá completar (que no contradecir) los derechos y obligaciones y concretar el modo de ejercicio, en su caso de estos.

El artículo 139.1 de la LCSP, viene a reflejar legalmente el aforismo "el pliego es ley del contrato", siendo constante la mención por la doctrina y los tribunales de recursos contractuales al carácter obligatorio y plenamente vinculante de los pliegos para el órgano de contratación, para todos los licitadores y para el



contratista, como “Lex inter partes”. Ello supone la necesidad y obligación de que los órganos de contratación sean rigurosos en su redacción, así como los órganos de resolución del recurso especial en su aplicación.

Sobre lo expuesto, conviene hacer referencia al citado Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, en lo relativo a la regulación de la tramitación del recurso especial. En este sentido, establece su artículo 1.b) que el objeto de dicho reglamento es el desarrollo de la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación. Es fundamental recordar que, en lo que se refiere al contenido de los pliegos, los artículos 10 y 11, por remisión de su disposición adicional primera, que será contenido mínimo de estos el establecimiento de la atribución de la competencia del órgano a quien compete la resolución del recurso especial en materia de contratación.

Esta cuestión no ha quedado determinada ni en el anuncio de licitación ni en los pliegos de la presente licitación.

Esta idea lógicamente enlaza con las garantías de los administrados, y con el derecho al “*juez ordinario predeterminado por la Ley*”, aplicable al ámbito del recurso especial, dada su naturaleza cuasi jurisdiccional, lo cual supone una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que comporta la predeterminación del órgano que ha de conocer de un asunto con anterioridad a la existencia o al surgimiento de la controversia concreta. Supone que la ley, con carácter previo a su actuación, haya creado el órgano y lo haya dotado de jurisdicción y competencia, cuestión que en el ámbito contractual únicamente puede garantizarse con su plasmación previa en los pliegos. En este sentido, el artículo 24 de la Constitución Española supone según repetida doctrina del Tribunal Constitucional «*que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional* (SSTC 210/2009, de 26 de noviembre, y 220/2009, de 21 de noviembre, entre otras)».

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación y los pliegos aun cuando fueron publicados con posterioridad a la denominada “adhesión” al órgano administrativo de resolución del recurso especial de la Diputación Provincial de Huelva, nada mencionan con respecto al órgano de revisión de decisiones en materia contractual.

Al respecto, como se observa, nada expresa el anuncio de licitación ni los pliegos, en concreto, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en la cláusula 37ª en el momento de su publicación, en el sentido de anunciar ese contenido obligatorio, acerca de que sea competente dicho Tribunal de la Diputación. Con lo cual, además se le priva los interesados de poder impugnar dicha atribución de competencias.

En el anuncio de licitación únicamente se expresa que la presentación de recursos se hará en el Ayuntamiento de Almonte, lo cual no puede ser interpretado nunca, a favor de una supuesta competencia a favor de un órgano propio de resolución del recurso especial, dado que no tiene la condición de Ayuntamiento de gran población en el sentido del artículo 46 de la LCSP.

Por ello, debe estarse a la regla que atribuye la competencia de forma subsidiaria a este Tribunal, ex artículo 10 del citado Decreto 332/2011, perpetuándose la misma hasta la finalización de dicho procedimiento de contratación respecto de todos aquellos actos que pudiesen ser susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Por todo ello, desde dicho momento de la no atribución de competencia a ningún órgano especial, debe considerarse inocuo cualquier acto posterior que altere la competencia, de tal modo que ese acto paccionado entre el Ayuntamiento y la Diputación para atribuir la competencia al órgano especial creado por



esta última entidad local y que hiciere perder la competencia a este Tribunal no supondría de forma obvia un desplazamiento de la misma con validez en Derecho en el momento actual.

Segundo. Como se ha expuesto, se ha remitido un certificado de un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almonte denominado de “adhesión”, observándose que el 12 de agosto de 2025 se habría acordado adherirse al órgano especial de resolución de recursos especiales en materia de contratación de la Diputación de Huelva en los siguientes términos: *«Atribuir competencias para la resolución de recursos especiales en materia de contratación que se formulen frente a los actos y decisiones a que se refiere el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como las reclamaciones reguladas en los artículos 119 y ss. del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas Directivas de la Unión Europea, correspondientes al Ayuntamiento de Ayamonte, al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Huelva».*

Cumple advertir que esa denominación de “adhesión”, a la que hace alusión el Reglamento orgánico del órgano especial creado por la Diputación de Huelva, debe calificarse jurídicamente en el ámbito del Derecho administrativo como un concepto impropio, si el concepto es utilizado como una aplicación de una técnica de alteración de la competencia. Al no estar reconocido como tal término, es decir, con singularidad propia en nuestro Ordenamiento jurídico para alterar la competencia propia, como es decidir, si crea órgano propio o bien lo atribuye al órgano especial de la Diputación, o bien deja que la regla subsidiaria por la que este Tribunal deviene competente, como ha venido sucediendo hasta el momento respecto de sus recursos especiales en materia de contratación interpuestos.

De tal modo que esa indefinición y ambigüedad del concepto jurídico elegido, supone que estemos ante un concepto jurídico indeterminado que obliga a su interpretación conforme a las reglas existentes y válidas en Derecho para poder alterar la competencia en materia del recurso especial en materia de contratación.

Los conceptos jurídicos indeterminados no suponen discrecionalidad, más bien al contrario, no está exento de control de legalidad jurisdiccional. Es decir, no es lícito establecer una discrecionalidad en materia de atribución de competencia con términos en el Reglamento del órgano especial creado por la Diputación, puesto que no es un ámbito propio de esta, pues, debe recordarse que la competencia es irrenunciable (artículo 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), por aquel quien la ostenta y solo podría alterarla con estricta sujeción a las normas básicas que regulan estas técnicas de alteración de la competencia, sin crear nuevos o extraños caminos, no debe olvidarse que estamos ante una cuestión de orden público, dado el carácter cuasijurisdiccional reconocido a los Tribunales homólogos al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015. Consorci Sanitari del Maresme respecto del Tribunal de Cataluña).

Esta técnica de control no permite una libre elección entre dos o varias posibilidades, sino un problema de aplicación del derecho que se reduce, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una sola solución justa.

El mencionado Decreto autonómico recoge en el artículo 10 que la fórmula o instrumento jurídico para atribuir la competencia a este Tribunal por parte de las Diputaciones provinciales o Ayuntamientos de gran población será el convenio, pero no lo recoge respecto de la forma de atribuir la competencia de los Ayuntamientos al órgano que pudieran crear las Diputaciones provinciales.

Tampoco lo expresa el artículo 46.4 de la LCSP.



En este sentido, el Reglamento de Organización y Funcionamiento del órgano especial creado para la resolución del recurso especial de la Diputación Provincial de Huelva, fue publicado el 1 de abril de 2022 en el Boletín Oficial de la provincia de Huelva número 63, expresando en el apartado 2 de su artículo 1 que el ámbito de actuación es el siguiente: «(...) b) *Entidades Locales de la Provincia de Huelva, sus organismos autónomos y sus entidades instrumentales que ostenten la condición de poderes adjudicadores, cuando hayan atribuido la competencia al Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 322/2011, de 2 de noviembre*».

Pues bien, este artículo 10 del Decreto 322/2011 no establece el término adhesión, sino el de convenio.

Este Reglamento, además en cuanto a la atribución de las competencias en su artículo 1.1 se remite al artículo 46.4 de la LCSP y al citado Decreto autonómico, previendo únicamente en su disposición adicional primera, bajo la rúbrica de “*Convenios y acuerdos de adhesión*”, que «*la Diputación de Huelva mantendrá actualizada y hará pública la relación de entidades adheridas, mediante el régimen de convenios o acuerdos de adhesión, al Tribunal. A tal fin se aprobará un modelo de adhesión al Tribunal*». Es aquí donde acuña un nuevo término que no se encuentra en el artículo 10 de la legislación autonómica, ni en la LCSP, que es la que habilita en su caso la creación de esos órganos para las Diputaciones andaluzas. Es decir, existe una extralimitación del Reglamento pretendiendo crear una nueva figura, que excede de los límites de la norma que le habilita, pero siempre en sus propios términos.

No obstante, la propia disposición adicional primera del Reglamento del Tribunal de la Diputación recoge forma separada la expresión de adhesión y la de convenio, pero no las distingue.

Al respecto, no le consta a este Tribunal que a la fecha de publicación de la presente licitación que se examina, el convenio o acuerdo de adhesión, como acto bilateral, se haya llevado a cabo, como tampoco se ha podido cotejar, pues si bien el Reglamento de funcionamiento del órgano especial de la Diputación expresa que mantendrá actualizada y hará pública la relación de entidades adheridas, lo cierto es que a dicha fecha no están publicados en su página web esos convenios, ni esos acuerdos de adhesión. Tampoco puede llegarse al conocimiento de ello examinando el resto de información publicada en el portal de la Diputación pues la única memoria publicada es del año 2022, al igual que las resoluciones (siendo la última la 15/2022 de fecha de 6 de febrero de 2023).

Sobre ello y a efectos de poder clarificar el instrumento jurídico válido para estimar que la competencia esté verdaderamente atribuida se ha de partir del artículo 46 apartado 4 de la LCSP, en cuanto señala como se ha expuesto que en «*lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación*».

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito».

Por su parte, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (LAULA), recoge en su artículo 11, las competencias de asistencia a los municipios. Entre las competencias de asistencia que puede prestar la provincia constan, de forma potestativa, la asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico, recogándose únicamente de forma obligatoria cuando conforme a su apartado 2 «*la provincia deba prestarla a solicitud de los municipios (...)*».



En este sentido, el artículo 12 de la citada LAULA, relativo a la asistencia técnica de la provincia al municipio, no señala que esta asistencia se prestará para la resolución del recurso especial en materia de contratación de forma específica, si bien podría incardinarse en el apartado j) que señala que *«en la forma y casos en que lo determine una norma provincial, prestará obligatoriamente, a petición del municipio (...), cualquier otra (asistencia) que la provincia determine por iniciativa propia o a petición de los ayuntamientos»*.

Asimismo, el apartado 2 de la citada norma señala que: *«Por norma provincial se determinarán los requisitos de asistencia y las formas de financiación, que en cada caso correspondan, de acuerdo, al menos, con los criterios de atención preferente a los municipios de menor población y a los municipios de insuficiente capacidad económica y de gestión, así como la urgencia de la asistencia requerida»*.

Así las cosas, se ha de reiterar que el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, señala en el artículo 10.1 que en *«el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en los términos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales»*.

En el apartado 2 indica que *«De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales»*.

Y por último en el apartado 3 que: *«Con la excepción que se contempla en el párrafo segundo de este apartado, en caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos y reclamaciones respecto a los actos de dichas entidades»*.

Cuando los recursos y reclamaciones se interpongan respecto de actos dictados por Diputaciones Provinciales o municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía exigirá la suscripción de convenio con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda en el que se estipulen las condiciones para sufragar los gastos derivados de esta asunción de competencias».

Por todo ello, a la vista de la comunicación remitida por el Ayuntamiento de Almonte, de la adhesión, en los términos reproducidos, y teniendo en cuenta lo comentado, en cuanto al contenido del anuncio y de los pliegos, no se tiene constancia a la fecha de publicación del anuncio de la presente licitación de la existencia de un verdadero instrumento jurídico de colaboración entre ambas Administraciones locales, perfeccionado, que



determine la vigencia de esa pretendida delegación de competencias (en los términos del artículo 49.h) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Ello unido a todo lo anteriormente citado supone que siga surtiendo efectos la regla de la subsidiariedad del Decreto 312/2011, para constatar la relación jurídica existente a efectos de determinar la competencia y por ende la eficacia de dicha atribución a la que se refiere el certificado remitido por dicho Ayuntamiento, por lo que debe estimarse la competencia de este Tribunal respecto del presente recurso especial.

SEGUNDO. Legitimación.

El artículo 50.1.b) de la LCSP establece que: *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”*.

Hay por tanto que examinar si existe alguna cuestión que condicione la participación de la entidad recurrente, la cual está interesada en concurrir a la licitación. Es decir, si está poniendo en evidencia la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos con el recurso especial, para evitar verse perjudicado.

El Ayuntamiento de Almonte en sus alegaciones, reclama por la inadmisión del recurso especial alegando dicha falta de legitimación.

No obstante, señala en este sentido la entidad recurrente que *“no puede participar en la licitación por la existencia de cláusulas que constituyen trabas insalvables que impiden su participación, concretamente son las siguientes:*

1.La prohibición de la subcontratación sin justificar la concurrencia de los supuestos que permiten limitarla en virtud del artículo 215 de la LCSP.

2.El establecimiento de los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad como criterios de adjudicación.

Se trata de cláusulas que deben ser anuladas por tener un carácter manifiestamente discriminatorio que impiden participar en la licitación en condiciones de igualdad”.

Es decir, la recurrente en su escrito de recurso especial impugna los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación, por entender que incluyen una serie de disposiciones que ponen de manifiesto que la licitación restringe o dificulta sus posibilidades de acceder a la misma en condiciones de igualdad, razón por la cual las impugna con el objeto de preservar sus derechos e intereses legítimos en el expediente.

Sin embargo, el órgano de contratación en el informe al recurso especial alega que *“ninguna de las cláusulas del Pliego impide al recurrente participar en la licitación (como interesadamente alega), pudiendo acudir a la misma sin impedimento alguno, como ya hemos adelantado, y conforme a lo indicado en el PCAP”*.

Valorando, prima facie, la exigencia de realizar el contrato sin subcontratación y contar con determinados certificados si quiere tener posibilidades de resultar adjudicataria, y considerando dichas circunstancias, en puridad, como condicionantes de la concurrencia (y sin entrar aun en el fondo del asunto), sí que se estima que se acreditaría su legitimación de esta forma para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le podrían provocar un perjuicio. Ello es lo que pretende remediar con la interposición del recurso y con el dictado por este



Tribunal de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones, sin que sea óbice para ello la no presentación de oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en reiteradas ocasiones, entre las más recientes cabe citar las resoluciones 640/2024, de 13 de diciembre; la 47/2024, de 1 de febrero; y la 412/2023 de 8 de septiembre.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos en un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.c) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación examinada, el recurso presentado en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

A. En primer lugar, se alega por parte de la entidad recurrente determinadas la existencia de cláusulas que vendría a establecer condiciones discriminatorias que impiden a entidades como la recurrente concurrir a la licitación en su condición de pyme.

Por un lado, hace referencia a que existe prohibición de la subcontratación en la cláusula 26.1 del PCAP, denunciando que ello “*supone una restricción injustificada de la competencia que veda el acceso de (...)*” a la licitación, dado que prohíbe la subcontratación. Explica que el artículo 215 de la LCSP permite que el contratista pueda concertar con terceros la realización parcial de la prestación de acuerdo con lo previsto en los Pliegos, de tal modo que estima que la figura de la subcontratación es un derecho del contratista, y que “*conforme al citado precepto, la subcontratación puede limitarse de forma excepcional cuando se trate de contratos de carácter secreto o reservado o cuando la ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales por así exigirlo la norma o la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado*”.

Hace un especial inciso en el apartado e) del artículo 215.2 de la LCSP, es decir, la posibilidad de la determinación de las tareas críticas, expresando además que “*deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación*”. Denuncia que no existe la justificación e identificación de las tareas críticas, y que es un contrato de concesión de servicios no declarado de carácter secreto o reservado, de tal modo que no comprende la ejecución de medidas de seguridad especiales.

Asimismo, explica que “*el contrato de concesión de servicios no se encuentra entre los contratos que recoge el artículo 215.2.e) de la LCSP (contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro), para identificar tareas críticas que no puedan ser subcontratadas. Tampoco identifica, ni justifica las tareas críticas del servicio que, supuestamente, debería ejecutar directamente el contratista principal*”.



Añade que “no solo no constituye alguna de las excepciones que justificarían la prohibición de subcontratación con arreglo al art. 215 de la LCSP” sino que, además, obvia el propio régimen legal de la misma: conforme al art. 215.4 de dicha norma, en cuanto que la “total responsabilidad de la ejecución del contrato, aun cuando existieran subcontratistas, recaería exclusivamente en el adjudicatario del contrato”.

Estima por tanto que existe una falta de motivación a la restricción de la subcontratación “como impone el art. 215 de la LCSP, se hace necesario estimar el recurso especial en materia de contratación y anular tal apartado del pliego”. Explica que la prohibición de la subcontratación prevista en la cláusula 26.1 del PCAP, supone una restricción injustificada de la competencia a las pequeñas y medianas empresas, condición que tiene su entidad, de tal modo que le limita participar en el procedimiento de licitación, procediendo a estimar el recurso en este motivo.

B. En segundo lugar, impugna los pliegos con relación al establecimiento como criterio de adjudicación de los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad como criterio de adjudicación previsto en la cláusula 14.B.3 del PCAP pues estima que son discriminatorios y no guardan vinculación con el objeto del contrato. Los certificados requeridos, estima que si bien, podría admitirse como un requisito de solvencia empresarial, no cabría admitirlo como criterio de adjudicación por tratarse de una característica propia de la empresa, pero no una característica de la oferta en sí misma.

Sin embargo, admite que la doctrina ha ido admitiendo excepcionalmente la posibilidad de fijar los certificados de calidad como criterios de adjudicación, pero matiza la aseveración expresando que ello será así cuando conste previa justificación de la vinculación de dichos certificados con el objeto del contrato “en la medida de que la prestación a realizar es el resultado, en parte, de estos procesos que son objeto de acreditación de calidad o medioambiental”. Explica que la aplicación de la doctrina anterior al supuesto que nos ocupa conduce a estimar el recurso por este motivo por cuanto la cláusula 14.B.3 del PCAP, establece los certificados de calidad, descritos anteriormente, sin ofrecer justificación alguna sobre la supuesta vinculación con el objeto del contrato. Añade que “se trata de certificados de calidad que se refieren a las características de la empresa relacionadas con la política empresarial que no repercuten en el modo y la forma de realizar la prestación consistente en la gestión y control del estacionamiento regulado en el tiempo (ORA) y estacionamiento cerrado en superficie”. Además, explica que “la fijación de los certificados de calidad como criterios de adjudicación constituyen una restricción injustificada de la competencia y un trato discriminatorio que determinan la anulación del anuncio y los Pliegos”.

De este modo, una vez que, como consecuencia del presente recurso, este Tribunal dicte una resolución anulatoria del anuncio, los Pliegos y los documentos que rigen la contratación de referencia, de emitirse dicho pronunciamiento tras la adjudicación del contrato, los mismos quedarían con ello automáticamente anulados, con las consecuencias legales correspondientes.

C. Por otro lado, alega la indebida calificación de la tarifa como tasa en la cláusula 9.2 del PCAP, señalando que ello es contrario a la legalidad vigente tras la reforma del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, tras la reforma realizada por la LCSP. Explica que la LCSP dio una nueva redacción a varios preceptos legales. Por un lado, la disposición adicional primera de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria. También al artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndole un nuevo apartado 6. Y por último al artículo 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos añadiéndole una nueva letra c).

Explica que la modificación venía dada por la disposición adicional cuadragésima tercera de la LCSP, relativa a la naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de obras públicas o la prestación de



servicios públicos en régimen de Derecho privado, Señala que la *“errónea calificación tiene consecuencias más directas para la economía del contrato. De un lado, porque si dicha tarifa fuera verdaderamente una tasa, el cálculo de su importe impediría tener en cuenta el beneficio industrial, no pudiendo exceder dicho cálculo del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate (artículo 19 de la Ley de Tasas y Precios públicos). De otro lado, el hecho de calificarse como tasa -y por tanto tributo- afecta a su régimen de revisión, que es un elemento importante dentro del equilibrio económico del contrato, como expresamente contempla la cláusula 27ª.1 PCAP en relación con la cláusula 5.3 PPT. Según estas previsiones, y en consonancia con lo dispuesto en los artículos 270.3, 285.1.b) y 190.1 de la LCSP en caso de inadecuación de las tarifas del servicio, y al objeto de evitar controversias sobre un potencial desequilibrio económico del contrato, se estima conveniente contemplar la actualización (no periódica ni predeterminada) de tarifas”*. A tal efecto, se prevé que el aumento o disminución del montante de cada tarifa, tendrá que ser aprobado expresamente por el Ayuntamiento mediante la modificación de la correspondiente Ordenanza Fiscal. Explica que ello supondrá *“un elemento de enorme rigidez procedimental y de gran incertidumbre (pues el Pleno decide mediante criterios de pura oportunidad política y presupuestaria) que resta garantías al concesionario, que no se vería abocado a un panorama como el descrito si el Pliego calificase correctamente la naturaleza jurídica de las tarifas del servicio”*.

D. En último lugar alega que existe una inadecuada previsión de los parámetros de anormalidad de las ofertas en la cláusula 14.B.1 del PCAP lo cual infringe el artículo 149.2.b) de la LCSP. Alega que, en caso de pluralidad de criterios de adjudicación, como nuestro expediente, los parámetros de anormalidad deberán ir referidos al conjunto de los criterios, de tal modo que los criterios *“deben entenderse de modo acumulativo; es decir, para que la proposición esté incurso en sospecha de anormalidad deben satisfacerse ambos y no tan solo uno de ellos”*. Explica que, tratándose de un contrato con pluralidad de criterios, *“sorprende que la fórmula de anormalidad únicamente tenga en cuenta la oferta económica, omitiendo la valoración del resto de criterios sujetos a juicio de valor que son determinantes para la adjudicación del contrato ya que representan 37 puntos”*.

Subsidiariamente, estima que *“procedería utilizar los parámetros previstos en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, “RCAP”)”*.

Conforme a lo anterior, resulta acreditado que la errónea calificación de la tarifa como tasa y la inadecuada determinación de los parámetros de anormalidad vician de legalidad el anuncio y los pliegos, procediendo estimar el recurso y anular el anuncio y los pliegos conforme a los artículos 38 y 40 de la LCSP.

Solicita finalmente la anulación de las cláusulas recurridas a fin de *“retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación de los pliegos”*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. Examinadas sus alegaciones en cuanto a la falta de legitimación el órgano de contratación aborda la regulación específica referida a la subcontratación en los contratos de concesión de servicios expresando que debe estarse al artículo 296 de la LCSP, en cuanto que indica que la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, *“resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos 215, 216 y 217 de la presente Ley”*.

Explica que en primer lugar se aplica la norma del contrato de concesión de servicios, para señalar expresamente que sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, y no sobre la prestación principal, es decir, la gestión y regulación de los estacionamientos.



Sobre ello justifica la prohibición total de la subcontratación del contrato, estimando que ello ocurre por ministerio de la Ley, de tal modo que sí permite la subcontratación de las prestaciones accesorias. Estima que es posible presentar oferta atendiendo a las prescripciones del pliego, respetando la no subcontratación de la prestación principal conforme a lo señalado en el citado art. 296 LCSP.

Resulta posible subcontratar la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato.

B. Explica en segundo lugar la exigencia en el PCAP como criterio de adjudicación de la disponibilidad de certificados de calidad, señalando que su valoración en solo 3 puntos difícilmente puede afectar en el total de la valoración a llevar a cabo de tal forma que impida a la recurrente presentar la correspondiente oferta.

Explica ahora la exigencia de los tres certificados:

“- Gestión de la Calidad. Atendiendo al objeto principal del contrato (gestión y regulación de estacionamientos) resulta evidente que se encuentra éste estrechamente vinculado, pues reafirma la calidad que se exige en el PCAP para esta prestación, si bien se valora únicamente con un punto al objeto que en ningún caso pueda ser determinante de la adjudicación.

- Seguridad de la Información. Es evidentemente parte importante de este contrato la relación de la prestación con el tratamiento de datos sensibles de los usuarios (gestión de residentes que supone el tratamiento completo de sus datos personales, sanciones, etc), por lo que la disposición del certificado está estrechamente vinculada y supone un plus para esas obligaciones y prestaciones establecidas en el PCAP, si bien se valora únicamente con un punto al objeto que en ningún caso pueda ser determinante de la adjudicación

- Gestión Medioambiental. En la misma línea es parte importante de este contrato la relación de actuaciones (obras de pavimentación, montaje y retirada de señales, mantenimiento del pavimento realizado durante toda la vida del contrato, pintura y señalización horizontal, etc, por lo que gestión medioambiental de todos esos elementos y como se vayan a llevar a cabo y/o ejecutar resultan importantes en la prestación del objeto del contrato, por lo que la disposición del certificado está estrechamente vinculado y supone un plus para esas obligaciones y prestaciones establecidas en el PCAP, si bien se valora únicamente con un punto al objeto que en ningún caso pueda ser determinante de la adjudicación”

C. En cuanto a la indebida calificación de la tarifa como tasa, explica que la zona azul son espacios del dominio público viario en las que el aparcamiento está regulado y controlado, de modo que cada vehículo sólo puede permanecer en la zona durante el tiempo permitido, a cambio del abono de una contraprestación económica. El incumplimiento de las condiciones que regulan el estacionamiento en la vía pública (exceso del tiempo máximo, no exhibición del ticket o justificante de pago, etc.) conlleva la imposición de una sanción administrativa y, en su caso, la retirada del vehículo por la grúa municipal. De este modo, estaríamos ante un supuesto de utilización privativa del dominio público viario, hecho que se grava con el pago de una tasa, en los términos regulados por las correspondientes ordenanzas municipales, al amparo del artículo 20.3. u) TRLRHL, del que se refiere entre los supuestos habilitantes de las tasas por ocupación privativa del dominio público al «*estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse.*»

Explica que se trata de una relación jurídico-tributaria que vincula al Ayuntamiento con los titulares de los vehículos estacionados dentro de las zonas de uso rotatorio y los posibles titulares de los distintivos especiales de estacionamiento de residentes.



Además de ello contesta a distintas afirmaciones realizadas por la entidad recurrente en su escrito de recurso especial. Por un lado, afirma que no podría exceder el cálculo del coste real o previsible del servicio, explicando que el error en la apreciación se encuentra en que la tasa por utilización privativa del dominio público no se configura su importe conforme a los parámetros indicados, es decir, con relación al servicio que se presta.

En segundo lugar, en cuanto a que la consideración, por ser una tasa, y por ello resultar de competencia al Pleno municipal para la aprobación de las tarifas mediante Ordenanza fiscal, de que con ello se introduce un elemento de enorme rigidez procedimental y de gran incertidumbre que resta garantías al concesionario, estima que *“el recurrente de un claro error de base, pues aun cuando se tratara de una prestación Patrimonial de Carácter Público no tributaria, igualmente estaría sujeta la misma a su Aprobación por el Pleno Municipal”*.

D. En cuanto a la inadecuada previsión de los parámetros de anormalidad de las ofertas, explica que se hace una interpretación interesada por la recurrente, pues dice que reproduce doctrina parcialmente, citando únicamente la parte que le interesa. Cita para ello la Resolución 113/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la cual, en su conclusión final, señala:

“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación en un procedimiento de licitación con arreglo al artículo 149.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los parámetros objetivos que se han de establecer para identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad pueden referirse a los diferentes criterios de adjudicación, siendo posible legalmente incluir parámetros objetivos que recaigan o afecten a criterios dependientes de un juicio de valor siempre que se refieran a la oferta considerada en su conjunto”.

Asimismo, el Informe 16/20 que se cita en el Recurso expresando que el mismo recoge que *“los parámetros objetivos que se establezcan para definir la anormalidad de las ofertas pueden introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos”*.

Esto es, se establece que nada impide que se fijen esos parámetros en relación con los criterios subjetivos, pero en modo alguno establecen que resulte obligatoria su inclusión.

Por todo ello, interesa la desestimación del recurso especial.

SEXTA. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se declare *«la nulidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas que rigen la contratación de conformidad con lo expuesto en el presente recurso.»*.

1. Sobre la prohibición de la subcontratación.

Señala la cláusula 26.1 del PCAP que: *“Con carácter general queda prohibida la subcontratación total de los trabajos objeto del presente contrato, a salvo aquellas que sean parciales correspondientes a prestaciones accesorias (montajes, pintado, mantenimientos, etc.), y aquellas expresamente señaladas como posibles en este Pliego o en el de Prescripciones Técnicas”*.



Partimos de la configuración legal de la subcontratación y el régimen de aplicación al presente contrato de concesión de servicios. De este modo, como premisa podemos partir de la aseveración de que mediante la subcontratación, el contratista contrata a su vez con un tercero la realización parcial de la prestación que constituye el objeto del contrato. A diferencia de lo que ocurre con la figura de la “cesión del contrato”, el subcontratista no se subroga en la posición del contratista, pues seguirá siendo el único responsable ante la Administración. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública regula la subcontratación administrativa, con una redacción, en su artículo 71, que se asienta sobre las siguientes piedras angulares, que a continuación examinamos.

Así, en primer lugar, se configura la figura de la subcontratación partiendo de la idea de la responsabilidad directa del contratista principal, en todo caso, frente al poder adjudicador. En este sentido, sobre el régimen de responsabilidad, el artículo 71.6 de la Directiva citada establece que *“se podrán tomar las medidas oportunas para evitar el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2. En particular: a) si el Derecho nacional de un Estado miembro dispone un mecanismo de responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el contratista principal, el Estado miembro en cuestión se asegurará de que las normas correspondientes se apliquen de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 18, apartado 2; b) los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, podrán comprobar, de conformidad con los artículos 59, 60 y 61, si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57. En tales casos, el poder adjudicador exigirá que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en causas de exclusión obligatoria. El poder adjudicador, por decisión propia o a petición de un Estado miembro, podrá exigir que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en motivos de exclusión no obligatoria”*.

En segundo lugar, el artículo 71 de la Directiva establece como obligación de los poderes adjudicadores competentes, lo cuales deben asegurarse de que los subcontratistas, en ejecución del contrato, cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

En tercer lugar, se establece como regla general la facultad del poder adjudicador de solicitar y de obligar al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Asimismo, por último, se establece la posibilidad de establecer un sistema de control y verificación por parte de los poderes adjudicadores acerca de la información relativa a los subcontratistas que vayan a participar en la ejecución del contrato que debe ser facilitada por parte del contratista principal. Esto es, el establecimiento de un sistema que habilite la posibilidad de que el poder adjudicador pueda realizar pagos directos al subcontratista, siempre y cuando se incluya en los pliegos de cláusulas del contrato, incluyendo la posibilidad de incluir *“mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos”*. La Directiva inicialmente si bien alude al pago directo por petición del subcontratista, posteriormente en el artículo 71.7 dispone que *“Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten”*.

Examinada la Directiva, debemos abordar como ha traducido lo anterior el legislador nacional a la legislación de contratación pública española. En este sentido, en la LCSP la regulación de la subcontratación está contenida en los artículos 215, 216, 217 y la Disposición Adicional 51ª LCSP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 296 de la LCSP, ya mencionado por las partes de este recurso especial. El artículo 215.1 LCSP determina que *“el contratista*



podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero”, con cumplimiento del régimen de comunicación y puesta en conocimiento del poder adjudicador conforme a las previsiones contenidas en el artículo 215.2 LCSP.

La Ley parte del carácter personal de la obligación asumida por el contratista, y establece como regla general determinadas situaciones excepcionales, pero parte del principio general de permitir la subcontratación “parcial” de la prestación, si bien con sujeción a las previsiones contenidas en los pliegos, si las hay, elimina los antiguos límites de la subcontratación que se contenían en texto legales anteriores.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2019, Tedeschi concluye que: *“La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que: – se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar a terceros; – se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite reducir los precios aplicables a las prestaciones subcontratadas en más de un 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación”.*

Es decir, permite que los límites a la subcontratación se establezcan en el PCAP siempre que así se justifique, dependiendo por tanto del objeto del contrato, y en atención al mismo se determinará si se justifica la limitación a los principios de apertura y libre competencia.¹

Una vez abordada la subcontratación dentro del marco de la legislación de contratos públicos, concebida como un derecho recogido en la LCSP, y con relación al fondo del asunto, se parte de la voluntad del legislador de facilitar la participación de las pymes en la contratación pública, favoreciendo la subcontratación. En este sentido, la LCSP expresa que *«en ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado»* (art. 215.1 LCSP). Necesitando en estos casos la subcontratación de autorización expresa del órgano de contratación. Por otro lado, cuando los pliegos no prevean limitaciones a la subcontratación, la misma LCSP ha eliminado el porcentaje máximo de subcontratación que existía en el antiguo texto legal del 50%.

Siendo esta la regla general, no obstante, existen excepciones, a priori son tres:

a) Los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, exigiendo la subcontratación de autorización expresa del órgano de contratación (art. 215d LCSP).

b) En los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en el PCAP, previa justificación en el expediente que

¹ El Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, señala que: *“(…) resulta excesivo el margen que se otorga a los pliegos para fijar cualquier tope máximo, pues, aunque ello tendría que contar con alguna justificación, en su literalidad el precepto permite situar dicho tope en el 99%. Por ello, se recomienda que el propio legislador, además de la regla supletoria y de la prohibición de subcontratar la totalidad de la prestación, fije un límite máximo que en todo caso haya de ser respetado por los pliegos (por ejemplo, del 75%)”*



las tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal (art. 215.2b LCSP).

c) Por último el artículo 296 de la LCSP mencionado por las partes y que incide en el presente recurso especial, en cuanto limita la posibilidad de subcontratación en el contrato de concesión de servicios al establecer que «*la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias*».

La cuestión será la delimitación y justificación de esas prestaciones accesorias donde recaiga el esfuerzo para poder determinar el debido establecimiento de límites a dicha figura.

El régimen jurídico de un contrato de concesión de servicios no sólo debe considerar los artículos 284 y siguientes de la LCSP en materia de concesiones, sino también la Directiva 23/2014/UE dedica su artículo 42 a la regulación del régimen de la subcontratación en el ámbito de las concesiones. Podemos destacar el apartado segundo de dicho precepto en el que se establece que *“En los documentos relativos a la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador o al solicitante que mencione en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. El presente apartado no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del concesionario principal.”*

Por tanto, de toda la regulación comunitaria tan sólo puede deducirse la posibilidad de subcontratación parcial de prestaciones propias de la concesión, sin que exista limitación alguna, al margen del sistema de responsabilidad que debe regir la relación entre contratista principal y subcontratista.

Sin embargo, la nueva LCSP, de acuerdo con las Directivas 23 y 24 /2014 flexibiliza el régimen de subcontratación con carácter general, quedando ésta sometida a comunicación y excepcionalmente, a autorización por la Administración correspondiente, si bien, debe quedar claro, no obstante, la obligación del contratista principal a la justificación de la aptitud del subcontratista.

En cuanto al contrato de concesión de servicios, el artículo 296 LCSP determina como hemos visto que la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos de la LCSP, es decir, un régimen de subcontratación inspirado en la flexibilidad, la transparencia y el control administrativo en la cadena de subcontratistas, el legislador nacional, y es por ello por lo que el legislador ha optado por mantener en el artículo 296 LCSP la literalidad del artículo 289 del texto refundido del año 2011 (contrato de gestión de servicios públicos), obligando si se quiere limitar la subcontratación a distinguir entre prestaciones principales y accesorias.

En este punto debe considerarse el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 10/2014, de 2 de abril el cual expresaba que en *“el Derecho español existe un aforismo jurídico, según el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Y así, debe considerarse objeto principal del contrato, aquella que determina su celebración; y prestación accesorio, la que tiene por objeto asegurar el cumplimiento y ejecución de la prestación que constituye el objeto principal del contrato, de manera que no sería necesaria su ejecución de forma independiente o aislada a la prestación principal. Es decir, la prestación accesorio no tiene razón de existir por si misma, sólo la adquiere en cuanto sirve a la prestación principal”*.

Por todo lo anterior, a modo de resumen, en cuanto a la subcontratación, en la LCSP la regla general es la posibilidad de subcontratación con las limitaciones que establezca el pliego, cuya justificación deberá quedar acreditada en el expediente de contratación. El contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, no siendo admisible la subcontratación total de las mismas, sin que, a diferencia de la regulación



anterior, pueda quedar limitado a un determinado porcentaje. La interpretación de la Directiva por el TJUE en la sentencia citada, se concibe la subcontratación como un derecho del adjudicatario, pudiendo limitarse exclusivamente por causas tasadas.

Una de ellas es en la concesión de servicios limitarla en cuanto a la prestación principal, pero se impone lógicamente y con obviedad la conclusión de que no es admisible que a través del clausulado del PCAP pueda limitarse ese derecho del adjudicatario a la subcontratación parcial, sin justificar los motivos por lo que se admite únicamente para las prestaciones accesorias. Es decir, es necesario deslindar en cada caso concreto entre qué se considera como objeto principal de la concesión, y las prestaciones accesorias de la misma, pues sólo sobre éstas últimas es admisible la subcontratación en las concesiones de servicios.

Por ello, deben estudiarse los documentos que rigen la contratación a continuación. Examinamos en primer lugar la memoria justificativa del contrato de fecha 5 de noviembre de 2024, la cual no contiene ninguna justificación, ni siquiera ninguna mención a prestaciones principales o accesorias con relación a la posibilidad de subcontratar.

En el PCAP, sí existe una diferenciación de las prestaciones accesorias, como se ha comentado, señalando expresamente que lo son prestaciones accesorias (montajes, pintado, mantenimientos, etc.). Lo cierto es que con la expresión "etcétera" se deja en la indefinición un extremo esencial para poder delimitar en este supuesto qué es subcontratable y qué no lo es. En este sentido, no se realiza ni delimitación exhaustiva de funciones o prestaciones en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), esenciales, para poder limitar la subcontratación en un contrato de esta envergadura, pues ni se describen las demás funciones que deben considerarse principales, cuestión elemental para que pueda reputarse válida la limitación a la subcontratación (véase apartado 5 a 16 del PPT).

Por todo, debe estimarse el recurso, por este motivo, interpretándose que el expediente está carente de justificación en cuanto a la limitación de la subcontratación en los términos expuestos.

En este sentido, existiría, en lo que se refiere únicamente a la regulación de la limitación de la subcontratación, una vulneración del art. 63.3 de la LCSP, con una interpretación sistemática del art. 116.4 de la LCSP en cuanto al contenido de la memoria justificativa. Ello está relacionado con el art. 28 de la LCSP, cuya rúbrica es precisamente la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, imponiéndose la interpretación legal, de si se estima que la subcontratación no debe ser limitada injustificadamente, por considerarse un elemento que puede favorecer la eficiencia en la ejecución del contrato, su restricción debe justificarse. En este sentido, cita el art. 73 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), relativo a las "*Actuaciones administrativas preparatorias del contrato*", y al artículo 296 LCSP, en cuanto a que se habría conculcado la obligación de justificar en el expediente contractual la determinación a las prestaciones accesorias y principales a efectos de establecer límites a la subcontratación.

Es decir, deberá realizarse esa debida diferenciación, si se mantiene esa limitación, entre prestaciones principales y accesorias, y justificar el carácter principal de determinadas prestaciones, dado que es el carácter principal el que determina la imposibilidad de aplicar el régimen general de subcontratación, y ello debe consignarse debidamente en el expediente, pues ello condiciona en parte la posibilidad de subcontratar, y a priori la solvencia exigible a las entidades licitadoras a efectos de concurrir a la licitación.

2. Respecto del establecimiento como criterio de adjudicación de los certificados de implantación de sistemas de calidad.



Se parte del reconocimiento de la legalidad del establecimiento de los mismos como criterios de adjudicación cuando estén claramente vinculados con el objeto del contrato. La LCSP en el artículo 145.2, con relación a los criterios de adjudicación, reconoce que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.

De la misma forma, el artículo 1.3 de la LCSP prevé que en la contratación pública se han de introducir de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, motivado en la finalidad de pretender mejorar la relación calidad-precio en la prestación contractual.

Con relación a ello, es admisible la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, si bien es necesario que estén claramente vinculados con el objeto del contrato de acuerdo con el artículo 145 de la LCSP apartados 5 y 6. Por ello, en el presente caso, se atisba fundamental la justificación que se recoja al respecto en el expediente contractual, de tal modo que, a los efectos de motivar el acto discrecional de su elección como criterio de adjudicación, adquiere trascendencia el informe justificativo elaborado por el órgano de contratación (artículo 28 LCSP), en cumplimiento de la previsión normativa contemplada en el artículo 116.4 c) de la LCSP. Dicha justificación ha de conectarse con alguna característica de la prestación en sí misma, que permita, como exige la Directiva 2014/24/UE (considerando 92), es decir, que los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación cuando así se establecen deben repercutir en el resultado reconocible de la concreta prestación que pretende satisfacerse, permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas de los distintos licitadores respecto de su calidad.

En este sentido, y al hilo de lo anteriormente apuntado, tomando como punto de partida las consideraciones anteriores, interesa poner de relieve un concepto jurídico de pliego, de tal modo que careciendo de una definición legal la LCSP, el artículo 2.13 de la Directiva anteriormente citada entiende por «Pliego de contratación»: *“todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional”*.

El concepto interesa ponerlo de relieve porque supone que, a falta de justificación, o motivación en el PPT, de la proporcionalidad y de la vinculación con el objeto del contrato, en concreto (no en abstracto), habremos de estar a algunos de los demás documentos que conforman los elementos básicos de la contratación, a fin de considerar respetada o no la igualdad de los licitadores a efectos de la concurrencia. En este sentido, podremos acudir a la memoria a la que se refiere el artículo 63.3.a) LCSP cuando indica que deberá publicarse al menos la siguiente información: *«La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.»*.

Por otra parte, el artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado, etc.



Aunque la LCSP no concreta en qué tipo de documentos deben constar todas estas cuestiones dado que en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente lo que sí es claro que, a través de ellos, se han de hacer efectivos los principios de transparencia y buena administración, de ahí que a falta de justificación en el PPT, la memoria del contrato debe contener el resto de justificaciones de los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente.

Por tanto, no puede negarse que los tres certificados establecidos UNE-EN ISO 9001, 27001, 14001 o equivalentes pueden ser recogidos como criterio de adjudicación, si bien resulta esencial que el órgano de contratación justifique su vinculación con el objeto del contrato. La vinculación se mide al reconocerse como criterio de adjudicación válido en un PCAP únicamente cuando se justifica que el mismo guarda relación directa con el objeto del contrato. Con esa justificación se debe advenir que de la posesión del certificado deriva una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva, atendiendo a la prestación propia que constituye la concesión de servicios objeto del contrato el criterio de adjudicación debe aportar un plus añadido a la gestión del servicio. Es dable, por tanto, considerar que los criterios de adjudicación giran en torno al contenido de la oferta que se realice, y así se determinará cuál de las presentadas es la más ventajosa, es decir, la que satisface de forma más adecuada las necesidades del poder adjudicador.

Por ello, deben estudiarse de nuevo los documentos que rigen la contratación a continuación. Examinamos en primer lugar la memoria justificativa del contrato de fecha 5 de noviembre de 2024, la cual no contiene no solo ninguna justificación, ni siquiera ninguna mención alguna al establecimiento de estos criterios de justificación, obviando el tenor del artículo 116 de la LCSP.

En el PCAP, solo se menciona como criterio, y en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) existe una mención aislada a solo uno de ellos que no justifica la conexión de estos certificados como criterios de adjudicación en el sentido expuesto.

Por todo, debe estimarse el recurso, por este motivo, interpretándose que el expediente está carente de justificación en cuanto al establecimiento de dichos certificados como criterio de adjudicación. En este sentido, existiría, también una vulneración del art. 63.3 de la LCSP con una interpretación sistemática del art. 116.4 de la LCSP en cuanto al contenido de la memoria justificativa. Ello está relacionado con el art. 28 de la LCSP, cuya rúbrica es precisamente la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

Por último, en cuanto a este motivo del recurso, debe abordarse la justificación que realiza el órgano de contratación en el informe al recurso, motivando el establecimiento de dichos certificados como criterios de adjudicación. Y ello es así, por cuanto la justificación del órgano de contratación debe ser expresa y previa, y no posterior, pues la falta de ésta, en los términos puestos de manifiesto en el informe al recurso, sin que este Tribunal prejuzgue su conformidad a derecho, ha privado a la recurrente de poder discutir o estimar si la motivación de la elección de dichos certificados con relación al objeto del contrato es o no apropiada, y lo más importante, si ello supone que no exista alternativa o sustituto razonable.

3. En cuanto a la indebida calificación de la tarifa como tasa.

Se ha de abordar este motivo del recurso especial considerando en primer lugar que la categoría jurídica de las tarifas se ha elaborado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) iniciada con la Sentencia 185/1995 al interpretar el artículo 31 de la Constitución Española. En este sentido, para el TC, son prestaciones patrimoniales de carácter público las impuestas coactivamente, esto es, las derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público, siempre que tenga una inequívoca finalidad de interés público,



de tal suerte que las prestaciones patrimoniales de carácter público encuentran su razón de ser en la coactividad; y dentro de esta categoría se puede hablar de prestaciones de naturaleza tributaria o no tributaria.

Sobre ello, para encontrar el fundamento que las diferencia, se ha de acudir a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, cuya disposición adicional primera, modificada por la LCSP, establece que tendrán la consideración de tributarias las prestaciones patrimoniales de carácter público que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley. Serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general.

En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas, que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado. Por tanto, en todos estos supuestos, estaremos ante tarifas y no tasas.

En cuanto a ello, respecto del artículo 20 de la LRHL, mencionado por la entidad recurrente para justificar el carácter de las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria, no cabe tampoco la consideración hecha al mencionado artículo, pues, en primer lugar, dicho precepto legal no dice expresamente que los supuestos relacionados deban estar sujetos en todo caso al establecimiento de una tasa, sino que las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, incluido el supuesto de estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse. A su entender, dicho precepto está destinado a la exigencia de una tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, en el supuesto de que sea exigida directamente por la entidad competente, ya que para el supuesto de concesiones de servicios se ha de estar a lo dispuesto en la LCSP, y en todo caso a lo regulado en la citada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

Sobre la calificación de una prestación como de servicios o de concesión de servicios, tiene este Tribunal y el resto de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual una doctrina consolidada. En este sentido, es de destacar que ya este Órgano se pronunció al respecto en su Resolución 95/2015, de 11 de marzo, en relación a un supuesto cuyo objeto era la ordenación y regulación de espacios para aparcamiento de vehículos en la vía pública en un municipio de Andalucía. Más recientemente, ya con la nueva LCSP, caben destacar las Resoluciones 414/2020, de 26 de noviembre y 195/2022, de 25 de marzo, en las que se analizaba si determinada prestación era de servicios o de concesión de servicios. En la citada Resolución 95/2015, en lo que aquí interesa, este Tribunal puso de manifiesto lo siguiente:

«La Jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto en numerosas sentencias, de las que destacamos las siguientes:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Eurawasser) en la que se señala que “El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como <<concesión de servicios>> ... siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte



significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”.

- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater). De la misma interesa resaltar los apartados 33, 34, 35, 37 y 48 cuyo tenor literal es el siguiente:

“Apartado 33. A este respecto, debe recordarse que, cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia del riesgo de explotación <<muy limitado>> por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios.

Apartado 34. En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre con el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado.

Apartado 35. En tales sectores, las entidades adjudicadoras no tienen influencia alguna en la configuración jurídico-pública del servicio ni, por tanto, en el nivel de riesgo que ha de transferirse, y no sería razonable, además, pedir a una autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable a éste.

Apartado 37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado... que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (...)

Apartado 48. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume el riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de gestión de sus actividades...dicho contrato debe ser calificado de contrato de concesión de servicios.”

Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011, (Asunto Norma- A, Dekan) en la que se concluye, respecto a la adjudicación del servicio de transporte público por autobús urbano -en España, actividad reservada y calificada como servicio público-, que aunque la remuneración del contratista consista en el pago por los usuarios de unas tarifas establecidas, estamos ante un contrato de servicios si la entidad adjudicataria debe compensar al prestador del servicio por las pérdidas



derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.

2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

A la vista de lo expuesto, observamos que las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de la explotación por parte del concesionario, si bien ya hemos visto que lo relevante no es la entidad del riesgo en sí -pues éste puede ser limitado y escaso como ocurre en sectores relativos a actividades de servicio público-, sino que dicho riesgo se transfiera al concesionario en su totalidad o en una parte muy significativa y que la entidad adjudicataria no tenga que compensar al prestador del servicio por las eventuales pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos.

Así pues, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 204/2013, de 5 de junio, analizando, a la luz de la doctrina comunitaria expuesta, un contrato consistente en el servicio de retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados a tal fin, llega a la conclusión de que “puede



considerarse limitado el riesgo que asumirá la empresa al hacerse cargo de la adjudicación del presente contrato, pero que ello es debido a la propia configuración del servicio; por lo que es correcta la tipificación del contrato como de gestión o de concesión de servicio público”».

Al respecto, resulta ciertamente ilustrativo el preámbulo de la nueva LCSP al señalar lo siguiente: «*En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional.*».

Por otra parte, como es sabido, el contrato de gestión de servicios públicos hasta la regulación de esta Ley era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que, mediante este contrato, la Administración le encomendaba a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestionase un determinado servicio público. El que gestionaba el servicio, por lo tanto, era el empresario o el concesionario, por lo que en todo lo relativo a la utilización del servicio suponía el establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo.

Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. Igualmente había que establecer que la actividad que realizaba el concesionario quedaba asumida por la Administración respectiva, puesto que no era la Administración la que prestaba directamente ese servicio.

En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba.

Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba, y, por tanto, se relacionaba con el usuario era la Administración, quien, en el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios), con un empresario particular.

Pues bien, en este esquema incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo



relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, se ha introducido un artículo, el 312, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se le denominan contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.

Pues bien, tras el análisis efectuado sobre los requisitos de los servicios o de la concesión de servicios, ha de analizarse ahora el contrato afectado por el presente recurso especial para determinar si es o no correcta su calificación jurídica como concesión de servicios, cuestión esta que como se ha expuesto ha sido denunciada por la recurrente.

En ese sentido, el objeto del contrato, conforme a la cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es la siguiente: *«El presente pliego rige la adjudicación del contrato que tiene por objeto la prestación de la gestión y control del Estacionamiento Regulado en el tiempo (ORA) en el Núcleo Urbano de Matalascañas, con sujeción a lo previsto en este Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y las condiciones y requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. (...)».*

La cláusula 3 del PCAP aborda la naturaleza jurídica cuando expresa: *“3.1 La Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) enumera el contrato de concesión de servicios dentro de los contratos administrativos típicos en su artículo 12 y lo define en el Artículo 15.1 que señala que “El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”. Es importante destacar que el derecho de explotación implicará, como elemento fundamental diferenciador de este tipo contractual frente al contrato de servicios, la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo 14 de la LCSP. Se regirá por lo dispuesto en el presente Pliego, en el que se incluyen los pactos y condiciones definidores de los derechos y deberes que asumirá el órgano de contratación, los licitadores y, en su momento, los adjudicatarios. Este pliego establece las condiciones generales aplicables a la presente contratación”.*

Al respecto, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, configura como competencia municipal:

«b) La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social.



c) La inmovilización de los vehículos en vías urbanas cuando no dispongan de título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida, hasta que se logre la identificación de su conductor.

La retirada de los vehículos de las vías urbanas y su posterior depósito cuando obstaculicen, dificulten o supongan un peligro para la circulación, o se encuentren incorrectamente aparcados en las zonas de estacionamiento restringido, en las condiciones previstas para la inmovilización en este mismo artículo. Las bicicletas sólo podrán ser retiradas y llevadas al correspondiente depósito si están abandonadas o si, estando amarradas, dificultan la circulación de vehículos o personas o dañan el mobiliario urbano.

Igualmente, la retirada de vehículos en las vías interurbanas y el posterior depósito de éstos, en los términos que reglamentariamente se determine.».

A la vista de cuanto se ha expuesto, se ha de concluir que el contrato examinado está correctamente calificado en el PCAP como de concesión de servicios.

Analizada la prestación que se licita como concesión de servicios, resta examinar si la contraprestación que han de abonar las personas usuarias del servicio ha de ser considerada como una tasa, y no como tarifa, como denuncia la recurrente.

La cláusula 9.2 del PCAP establece literalmente que: *“Las tarifas que abonen los usuarios por el estacionamiento tiene naturaleza tributaria al tratarse de una Tasa, ello al amparo del artículo 20.3. u) TRLRHL, del que se refiere entre los supuestos habilitantes de las tasas por ocupación privativa del dominio público al «estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse, por lo que han de regularse mediante la correspondiente Ordenanza Fiscal”.*

En lo que aquí interesa, dispone el artículo 285 de la LCSP lo siguiente:

«1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever (...).

b) Fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero.

(...).».

Al respecto de lo dispuesto en el apartado b) anterior, el artículo 289 de la citada LCSP, relativo a las prestaciones económicas establece que:

«1. El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

2. Las contraprestaciones económicas pactadas, que se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público. (...).



3. Si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual.».

De acuerdo con el artículo 289 de la LCSP, a juicio de este Tribunal, se afirma con una claridad meridiana que la persona concesionaria tiene derecho a las contraprestaciones económicas pactadas en el contrato, que éstas se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, sin que ello pueda ser enervado por las alegaciones realizadas, ni en lo contestado por la DGT en la consulta vinculante V2565-21, ni con lo dispuesto en el artículo 20 de la LRHL.

En efecto, en cuanto a la consulta vinculante V2565-21, en los términos manifestados en el informe al recurso, aquella está enfocada a resolver la cuestión planteada en relación con las personas destinatarias del IVA de las prestaciones de servicios y su base imponible. En la contestación, la DGT la encuadra a partir del supuesto de la consultante, que es una entidad mercantil que presta servicios de gestión de servicios municipales a cambio del cobro de una tarifa a las personas usuarias, y partiendo de esa consideración se contesta a la cuestión en el sentido planteado, esto es, primero, al tratarse de un empresario o profesional están sujetos al IVA las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realice en el territorio de aplicación del impuesto; segundo, el destinatario de las prestaciones de servicios, que no de concesiones de servicios, objeto de consulta realizadas por la entidad consultante a los ayuntamientos en el marco de los referidos contratos serán los propios ayuntamientos; y tercero, en aquellos supuestos en los que, en el marco de este tipo de contratos, la contratista no se quede con el total de las tarifas facturadas a las personas usuarias, sino que únicamente retenga una parte de la misma, correspondiendo la otra parte directamente al ayuntamiento correspondiente, la base imponible del Impuesto estará constituida por el importe de la cantidad retenida debiendo, por tanto, descontarse la cantidad que tenga que entregar al ayuntamiento, según lo acordado por las partes del total de las tarifas facturadas. Así las cosas, la respuesta de la DGT en ningún caso confirma, ni expresa taxativamente, como afirma la recurrente, que la tarifa a cobrar por el servicio “ORA”, no tenga la condición de prestación patrimonial de carácter público no tributario, sino de tasa.

Respecto al artículo 20 de la LRLH, y asimismo en los términos indicados en el informe al recurso, dicho precepto legal no dice expresamente que los supuestos relacionados deban estar sujetos en todo caso al establecimiento de una tasa, sino que las entidades locales podrán establecerlas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, incluido el supuesto de estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse. Al igual que indica el órgano de contratación el citado artículo 20 está destinado a la exigencia de una tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, pues para el supuesto de concesiones de servicios, como el supuesto que se examina, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 289 de la LCSP.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el recurso interpuesto en cuanto a este motivo, debiendo anularse la cláusula arriba citada, modificándose y recogiendo la naturaleza correcta como prestación patrimonial de carácter no tributaria.

Por todo ello, a la vista de las consideraciones realizadas, y la interpretación sostenida por este Tribunal, en otros pronunciamientos sobre contratos análogos al que es objeto del presente recurso especial, debe estimarse el recurso especial por este motivo igualmente.



4. En cuanto a la conformidad a Derecho de la previsión realizada sobre los parámetros de anormalidad de las ofertas.

Expresa la entidad recurrente que en cuanto a los parámetros de anormalidad de las ofertas previstos en la cláusula 14.B.1 del PCAP, los establecidos incumplen el artículo 149.2.b) de la LCSP dado que se requiere que, en caso de pluralidad de criterios de adjudicación, los parámetros de anormalidad deberán ir referidos al conjunto de los criterios. Es decir, "(...)los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".

En esta cuestión debemos de partir de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta), de fecha 1 de diciembre de 2021, Asunto T-546/20, y concluye que deben establecerse en el PCAP los parámetros para identificar las ofertas inicialmente incursas en presunción de anormalidad. Expresa la Sentencia:

"Por tanto, es una obligación del órgano de contratación identificar las ofertas que pueden ser sospechosas de haber ofertado precios anormalmente bajos, que pueden hacer inviable la prestación objeto del contrato.

El sistema que establecen la LCSP y el Real Decreto Ley 3/2020 para determinar las ofertas sospechosas de inviabilidad se basa en parámetros objetivos, y no en la apreciación discrecional del órgano de contratación. Por ello, es necesario que se fijen en el PCAP dichos parámetros, ya que, de otro modo, ante ofertas por precios considerablemente inferiores a los del resto de licitadores, o al precio usual del mercado, no se podría verificar su composición, para cerciorarse de que no son anormalmente bajas".

El artículo 149.2 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que «La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) (...)

b) *Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".*

Como se ha expuesto, la recurrente impugna los parámetros del PCAP por considerar que no van referidos al conjunto de la oferta, es decir, al resto de criterios de adjudicación además del precio. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el legislador contractual no obliga a contemplar todos los criterios de adjudicación a la hora de fijar en los pliegos los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas.

Como señala el Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: «el análisis del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación para fijar los parámetros objetivos mencionados requiere tener en consideración también lo dispuesto por la LCSP respecto a la utilización en los procedimientos de adjudicación de más de un criterio de adjudicación, marco en el cual hay que incardinar la regulación de las ofertas anormalmente bajas y su finalidad específica, que es la de asegurarse de que los potenciales contratistas puedan cumplir con lo estipulado en el contrato.

En este sentido, siguiendo las pautas de la Directiva 2014/2004/UE (artículo 67 y considerandos 89 a 92), la nueva LCSP explicita el criterio de la mejor calidad-precio como elemento que determina cuál es la oferta económica más



ventajosa, fomentando una mayor orientación hacia la calidad en la contratación pública. Con esta finalidad, el artículo 145 de la LCSP establece la regla general según la cual “La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”, precisando en su apartado 2 que “La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos”, detallando a continuación los requisitos de los criterios cualitativos y el contenido de los mismos.

Bajo estas premisas, es claro que en los procedimientos en los que se utilice más de un criterio de adjudicación y se tomen en consideración criterios cualitativos como los enumerados en el artículo 145.2 de la LCSP, la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos será identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato. Desde esta perspectiva parece razonable pensar que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos de forma que, por ejemplo, a mayor calidad el parámetro objetivo para presumir la temeridad de la oferta desde el punto de vista económico sea mayor.

En conclusión, el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja. Tales parámetros han de hacer referencia a uno o a varios de los criterios económicos y cualitativos que se utilicen como criterios de adjudicación, seleccionando aquellos que sean más apropiados a estos efectos y sin que sea necesario que sean todos, pues pueden existir determinados criterios de selección que sean irrelevantes a estos efectos.».

En definitiva, cuando el legislador se refiere a parámetros referidos a la «oferta considerada en su conjunto» está contemplando la posibilidad de atender para su fijación a otros criterios de adjudicación, aparte del tradicional del precio, sobre todo en aquellos casos en que la calidad, a través de los criterios cualitativos, cobre especial relevancia en la selección de la oferta.

Pues bien, esto es lo que ocurre en el supuesto aquí examinado donde el criterio denominado “Criterios de valoración objetivos, determinados por la aplicación de fórmulas matemáticas”, con un máximo de 63 puntos, en donde el precio tiene 40 puntos.

En segundo lugar, el adelanto del canon ofertado, que se valora hasta 20 puntos, y la posesión de certificados de implantación de sistemas de Calidad, por 3 puntos de máximo.

Por último, los criterios sujetos a juicio de valor, cuya ponderación depende de un juicio de valor, se valoran hasta 37 puntos.

En efecto, en el supuesto analizado, el 40 por 100 de los criterios de adjudicación del contrato están relacionados con la calidad intrínseca de la prestación, de tal forma que como se ha expuesto al ser la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato, es necesario que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el cuarto de los motivos del recurso especial.



SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, deben llevarse a cabo anulando el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares, para que, entre otros documentos, justificándolo y motivando en algunos casos (establecimiento de prohibición de subcontratación, o el establecimiento de criterios de calidad como criterio de adjudicación), o rectificándolos en otros, (la concepción de tasa, o el establecimiento de los parámetro para determinar las ofertas que están incursas en presunción de anormalidad), de la forma que ha quedado motivada en el fundamento de Derecho anterior, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PARKING SEVILLA PUERTO S. L.** contra el anuncio, los pliegos y demás documentos contractuales, que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de Servicio de Gestión de Zona Regulada de Aparcamientos (ORA) en el núcleo urbano de Matalascañas, perteneciente al Municipio de Almonte (Huelva)», (expte. 11763/2024), convocado por el Ayuntamiento de Almonte (Huelva) y, en consecuencia, anular el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

