Recurso nº 312, 313, 314 y 356/2018 C.A. Región de Murcia 30, 31, 32 y 37/2018
Resolución nº 425/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de abril de 2018.

VISTOS los recursos interpuestos por D. Paul Anthony Taylor, en su propio nombre y representación, y en representación de Comunidad de Propietarios Complejo lnmobiliario privado MAR MENOR GOLF RESORT, D. Mark Leo Leonard, en su propio nombre y representación, y en representación de la Comunidad de Propietarios Complejo lnmobiliario Privado MAR MENOR ll, D. Juan José Soto Pedreño, en su propio nombre y representación, y en representación de la Comunidad de Propietarios del Residencial LA GOLETA y Dª Josefina Marín Otón en representación del GRUPO MUNICIPAL DEL PARTIDO POPULAR DE TORRE PACHECO, contra los pliegos reguladores del procedimiento de licitación del contrato de "*Servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos del término municipal de Torre-Pacheco",* Expediente: 2018/S 046-102184, licitado por el Ayuntamiento de Torre-Pacheco, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Torre-Pacheco, a través de su Negociado de Contratación, ha tramitado el procedimiento para la licitación del contrato de servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos del término municipal de Torre-Pacheco*,* Expediente: 2018/S 046-102184.

El contrato no se divide en lotes.

El valor estimado del contrato es de 19.731.214,90 €, IVA excluido.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@minhafp.es

Se publicó la licitación del expediente referenciado en fecha 7 de marzo de 2018 en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED), en el Boletín Oficial del Estado y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Según certificado emitido por el órgano de contratación, en fecha 2 de abril de 2018 no se había recibido ninguna oferta de licitación en el procedimiento discutido. El plazo límite para la presentación de ofertas era el 13 de abril de 2018.

Cuarto. En la presente licitación son objeto de recurso los pliegos reguladores del contrato por los motivos que más adelante se dirán.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Sexto. El 6 de abril de 2018 se dictó resolución por la Secretaria del presente Tribunal, en ejercicio de competencias delegadas, en la que se acordó la suspensión del procedimiento conforme a los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicado en el BOE del 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores del procedimiento de contratación, documentos susceptibles de impugnación conforme al artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, esta ha de ser estudiada con detenimiento.

Los recursos, como puede apreciarse en el encabezamiento, han sido interpuestos por tres personas físicas en su propio nombre y representación, y al mismo tiempo, en representación de las comunidades de propietarios a las que se representan. Por otro lado, también ha interpuesto recurso un partido político con representación en el Ayuntamiento de Torre Pacheco.

Comenzando por este último, su legitimación vendría expresamente admitida en el artículo 24.4 del 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 y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, según el cual: "*4. Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados*."

Obra en el expediente administrativo un certificado del Secretario Accidental del Ayuntamiento de Torre Pacheco en el que se justifica la emisión del voto en contra por los concejales del grupo municipal del Partido Popular respecto a la aprobación de los pliegos reguladores del presente contrato. Como consecuencia de lo anterior, se cumple el requisito de la legitimación del recurrente.

En cuanto al resto de recurrentes, comenzaremos por las comunidades de propietarios. Las mismas no gozan de personalidad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, pues no se la

reconoce así su normativa reguladora, en concreto, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. Tal circunstancia tiene reflejo en diferentes normas procesales, principalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, al regular la capacidad para ser parte.

La discusión acerca de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios ha sido también debatida por la jurisprudencia en multitud de ocasiones, así como por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ésta última, se pronunciaba al respecto en su Resolución de 12 de febrero de 2016, como sigue: "*La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo (15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981, 16 de octubre de 1992, 16 de febrero de 2000, 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 3 de marzo de 2008 y 3 de julio de 2013), extrayendo de ellos su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de tales comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles. No por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes sino que la debe considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante. Es por eso que la jurisprudencia admite ciertas actuaciones de la comunidad de propietarios en el ámbito procesal, arrendaticio y otros, sobre todo dándole capacidad para litigar, y además en algunos asientos como la anotación preventiva, son materias en las que la comunidad tiene esa reconocida capacidad procesal. Pero esto no significa que tal comunidad pueda ser titular registral, ni es posible que sin tal personalidad pueda ser propietaria de un bien y, por ende, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente*."

Pues bien, si trasladamos la cuestión de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios al ámbito de la legitimación para ser parte en el presente procedimiento especial, hemos de concluir que las comunidades de propietarios no pueden cumplir el requisito de la legitimación requerida al efecto.

El artículo 42 del TRLCSP señala que: "*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las*

decisiones objeto de recurso." Es decir, se ha de ostentar personalidad jurídica para poder ser considerado legitimado en el procedimiento.

Por su parte, el artículo 24.1 del Real Decreto 814/2015, señala: "*1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados*."

Por tanto, las personas físicas y las personas jurídicas, incluidas las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato podrían ostentar legitimación (las asociaciones gozan de personalidad jurídica, ex artículo 5.1 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación), podrán ser parte en el presente procedimiento especial, siempre que justifiquen su concreto interés, pero no así las comunidades de propietarios, pues no gozan de personalidad jurídica propia diferenciada de la de sus propietarios.

Y llegamos por último a la legitimación de los recursos interpuestos por las personas físicas en su propio nombre y representación. Sobre la legitimación de las personas físicas se ha generado ya abundante doctrina en este Tribunal.

En el presente caso, los recurrentes no comparecen en cuanto que posibles interesados en la participación en el procedimiento de licitación, pues no han justificado una actividad económica relacionada con el objeto contractual, sino que lo hacen en cuanto que se consideran especialmente afectados en su condición de vecinos por el objeto del contrato a licitar. Para ello, entre otras cosas, invocan el perjuicio económico asumido por los costes de la implantación del anterior sistema de gestión de residuos (en el que se instalaron contenedores soterrados que ahora son objeto de anulación).

Para dirimir este aspecto podemos recordar lo que ya dijimos en nuestra Resolución 195/2015, de 27 de febrero, y que reproducíamos recientemente en la 398/2016, de 20 de mayo:

"[…] *Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial. Estas consideraciones se predican de quienes no han intervenido en el procedimiento de contratación como licitadores -cuál es el caso que aquí nos ocupa-, y también, lógicamente, de quienes han sido excluidos de forma definitiva del procedimiento, dado que lo único que pueden exigir en el seno de ese procedimiento es la revisión de la resolución de exclusión, sin que puedan accionar frente a otro tipo de actos dictados en ese procedimiento del que se encuentran excluidos.*

En términos más generales, en la Resolución nº 821/2014, de 31 de octubre, señalábamos respecto del citado artículo 42 del TRLCSP cómo los términos de dicha norma, según ha venido reiterando en distintas Resoluciones este Tribunal, se reconducen a la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de "interés legítimo" en el ámbito administrativo, esto es, el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. Ese interés, desde el punto de vista procedimental y procesal, es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración del propio círculo jurídico vital y que en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con dicho concepto de perjuicio; de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de orden moral, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto o disposición administrativa ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución o norma dictada o que se dicte o llegue a dictarse. Ese interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la

resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien litiga.

Por ello, hemos venido reiterando en nuestra doctrina que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del recurrente el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública."

En el presente caso sí parece apreciarse un interés legítimo cualificado de las personas físicas recurrentes, pues cabe razonablemente entender que sus derechos o intereses legítimos pueden verse afectados por el resultado del procedimiento. No obstante, sólo será admisible la legitimación de los recurrentes en aquellos puntos de la impugnación en los que los pliegos puedan afectar efectivamente a sus derechos e intereses, pero no así en aquellos apartados impugnados que sólo puedan tener alguna repercusión para los licitadores en el procedimiento.

En definitiva y a modo de resumen, se considera legitimado al grupo municipal recurrente, se considera parcialmente legitimadas a las tres personas físicas recurrentes, y se considera por el contrario, que las comunidades de propietarios carecen de legitimación para participar en el presente procedimiento especial de impugnación, por lo que sus recursos son inadmitidos.

Cuarto. La interposición de los recursos se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de publicación de los pliegos y la de presentación de los recursos.

Quinto. En cuanto al fondo de los recursos, seguiremos el orden de impugnación planteado por el único recurrente plenamente legitimado, que es el grupo municipal del Partido Popular de Torre Pacheco (en adelante, GMPP), y al mismo tiempo se indicará qué alegaciones comparte con los recurrentes personas físicas.

Sexto. Régimen jurídico del Contrato.

El primer punto de recurso del GMPP se refiere al pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), criticando que el mismo no mencione dentro del régimen jurídico aplicable al contrato las Directivas de "cuarta generación" ni tampoco la Ley 22/2011, de 28 de julio.

Se refiere la impugnación a la cláusula 1.3 del PCAP, cuyo tenor literal es el siguiente:

"*1.3. Régimen Jurídico. La contratación se regulará por lo establecido en este Pliego, por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (TRLCSP, en adelante), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RLCSP), y por el 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 (modificado por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto) --RCAP-, y demás normativa, legal o reglamentaria, aplicable por razón de la materia. Asimismo, será de aplicación al contrato el plan de prestación propuesto por el adjudicatario, en lo que concrete y/o mejore los pliegos que rigen la licitación*."

El órgano de contratación opone que la cláusula transcrita se remite a cualquier otra normativa que resulte de aplicación, por lo que carece de sentido la nulidad invocada.

Con carácter previo al examen del fondo, advertir que las recurrentes personas físicas no ostentan ningún interés particular en el presente punto, pues su esfera de derechos e intereses no se ve afectada por la redacción de esta cláusula.

Dicho lo cual, hemos de conceder la razón al órgano de contratación, pues no existe causa de nulidad de los pliegos; y de hecho, en los recursos planteados no se invoca ninguna infracción jurídica concreta. Es más, el GMPP indica que: "*Esta cuestión no tendría más relevancia que el simple hecho de no haber incluido tal mención en este apartado, siempre y cuando las previsiones europeas hubiesen sido tenidas en cuenta a la hora de redactar los pliegos, más, como seguidamente veremos, éstos se apartan del espíritu que debe imbuir a toda licitación, haciendo de los mismos un auténtico despropósito legal y moral*."

Como vemos, el GMPP realiza una impugnación de contexto, pues considera que no hay infracción jurídica concreta, pero sí puede extraerse del conjunto de los pliegos. Tal razonamiento no es admisible.

Dado que el recurre no examina el marco aplicable, deberemos hacerlo oficiosamente a continuación, para determinar su posible infracción, y en su caso, las consecuencias aplicables.

Es el artículo 67.2 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, RGLCAP), en su letra w), el que establece lo siguiente:

"*2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:*

[…]

w) Expresa sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones públicas y al pliego de cláusulas administrativas generales que sea aplicable, con especial referencia, en su caso, a las estipulaciones contrarias a este último que se incluyan como consecuencia de lo previsto en el artículo 50 de la Ley."

Como vemos, el RGLCAP lo que exige es la expresa sumisión a la legislación de contratos, lo cual se ha hecho efectivamente, siquiera sea con la cláusula genérica de cierre. Es cierto, como indica el recurrente, que no se mencionan las Directivas de la Unión, si bien, no obliga la normativa de aplicación a llevar a cabo un listado exhaustivo de todas las normas aplicables, principalmente, porque la mención o no de las normas carece de utilidad práctica, pues el hecho de no incluir alguna norma, ya sea por error u omisión, no puede suponer en ningún caso su inaplicación.

Por tanto, el motivo debe ser desestimado.

Séptimo. Presupuesto de licitación y valor estimado.

El GMPP recurre la cláusula 1.4 del PCAP y el apartado B) del Cuadro Anexo al PCAP, al igual que el resto de recurrentes, por considerar que no se ha desglosado convenientemente el cálculo de los importes destinados a recogida de residuos así como a limpieza viaria. También se discute el valor estimado del contrato, que se considera que ha sido fijado erróneamente.

En el presente punto las personas físicas recurrentes no ostentan ningún interés particular, pues su esfera de derechos e intereses será la misma con independencia del resultado de la impugnación de este apartado.

En cuanto al primer aspecto de las alegaciones, éstas deben ser desestimadas. Es cierto que en el punto 1.4 no se ha llevado a cabo un desglose detallado de los diferentes conceptos que han dado lugar a la determinación del presupuesto del contrato; sin embargo, obra en el expediente administrativo un documento completo titulado: "*INFORME SOBRE EL COSTE DEL SERVICIO DE RECOGIDA DE RESIDUDOS SOLIDO URBANOS (RSU) Y LIMPIEZA VIARIA (LV) PARA EL MUNICIPIO DE TORREPACHECO*", que permite a todos los interesados en el expediente acceder a la información manejada por el órgano de contratación para determinar el precio y presupuesto del contrato.

En cualquier caso, y volviendo a examinar el artículo 67.2 del RGLCAP, el contenido que debe figurar en el PCAP es el siguiente:

"*2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:*

[…]

c) Presupuesto base de licitación formulado por la Administración, con la excepción prevista en el artículo 85, párrafo a), de la Ley, y su distribución en anualidades, en su caso."

Por tanto, no existe ninguna infracción jurídica de la normativa aplicable en este punto.

Por lo que respecta al valor estimado, el recurrente considera que se ha producido un error de cálculo, siendo la cifra que se fija en los pliegos menor a la que realmente debería resultar de haber aplicado correctamente la normativa. En concreto, considera el GMPP que el valor estimado ascendería a 20.296.939,33 euros, importe superior en 600.000 euros al determinado en los pliegos.

Respecto a este punto, dado que el órgano de contratación no se había pronunciado expresamente sobre esta cuestión en el informe del recurso, se pidió aclaración expresa sobre este punto por este Tribunal.

Pues bien, al efecto expone lo siguiente la Administración:

"*1.- El importe correspondiente a los cuatro primeros años de duración del contrato sin IVA (que asciende cada uno a 3.171.396,77 €), lo que supone 12.685.587,11 € para los cuatro años.*

2.- El importe de las posibles prórrogas (también sin IVA), considerando que los dos años de posible prórroga del contrato no importan lo mismo que los cuatro primeros años de ejecución, puesto que en esos cuatro primeros años se han incluido los gastos correspondientes a adquisición de contenedores, adquisición de papeleras, y los que se refieren a anulación de contenedores soterrados. Es aquí donde se entiende que se ha errado por parte de la recurrente al realizar el cálculo, puesto que, pasados dichos 4 primeros años, no procede incluir en el presupuesto anual el concepto correspondiente a gastos por adquisición de contenedores, adquisición de papeleras, y anulación de contenedores soterrados. La anualidad para las posibles prórrogas ascendería, entonces, a 2.825.106,63 € para cada uno de los años 5 y 6 (en caso de producirse la prórroga), y ello supone un total para las prórrogas posibles de 5.650.213,25 €.

3.- Finalmente habría que añadir el importe de las posibles modificaciones, que ascenderían al 10% del precio primitivo del contrato, para cuya cuantificación se ha partido del presupuesto base de licitación, que asciende a 13.954.145,82."

A la vista de las explicaciones ofrecidas por el órgano de contratación se aprecia que efectivamente el recurrente no ha eliminado del cálculo determinados conceptos que no son

repetitivos en el tiempo, como es el caso, por ejemplo, la anulación de los contenedores soterrados.

Lo mismo ocurriría, por ejemplo, con la adquisición de contenedores, que es un suministro puntual, no reiterado a lo largo del tiempo. Al respecto, de hecho, si fuera necesaria una ampliación del suministro, ni siquiera será ésta remunerada si se amplía con posterioridad y no se supera el 20% de la cuantía inicial, tal y como se prevé en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), cláusula 6.1: "*En cualquier caso, si a lo largo de la vigencia del contrato se ampliara la dotación de contenedores y/o puntos de aportación en el municipio, el adjudicatario no tendrá derecho a ninguna contraprestación económica si no se superan en un 20 % los contendores instalados en el inicio del contrato*."

Por tanto, el error de cálculo que invoca el recurrente se debe, precisamente, a la inclusión por su parte de determinadas partidas del presupuesto que no son repetitivas durante la ejecución del contrato, sino que constituyen una inversión inicial del mismo, no afectando a las anualidades de la prórroga.

Como consecuencia de lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

Octavo. Presentación de las proposiciones.

La siguiente cláusula impugnada del PCAP es la cláusula 8, en sus tres primeros apartados, que regulan la presentación de las proposiciones por los interesados. Entienden los recurrentes que el tenor del PCAP es contrario a las Directivas de la Unión, por no imponer la contratación electrónica a los licitadores.

Como ocurría en apartados precedentes, las personas físicas recurrentes han impugnado también esta cláusula, si bien, no ostentan ningún interés particular en el presente punto.

La cláusula 8 del PCAP establece:

"***8.1. Forma de presentación****. Las proposiciones para la licitación se presentarán en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y*

firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa.

***8.2. Tiempo y lugar**. Los sobres se presentarán en el Registro General del Ayuntamiento, dirigidos al Negociado de contratación, en horario de lunes a viernes, de las 9 a las 14 horas.*

Si el último día de presentación coincidiese en sábado, domingo o festivo se entenderá automáticamente prorrogado hasta las 14 horas del siguiente hábil.

***8.3. Presentación por correo**. De igual modo, las proposiciones podrán ser presentadas por correo. En tal caso, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante fax, telegrama o correo electrónico en el mismo día. La justificación del envío por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.*

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio.

Transcurridos, no obstante, diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso."

El órgano de contratación se remite en su informe a un certificado emitido por el Técnico Informático Municipal en el que éste indica que la Administración no dispone de todos los recursos necesarios para la tramitación electrónica de todos los expedientes; al mismo tiempo que añade el Ayuntamiento aún no ha puesto en marcha la sede electrónica que se exige técnicamente para hacer viable la tramitación electrónica de los expedientes de contratación.

Pues bien, entrando en el fondo del asunto, el recurrente invoca el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, DN), según el cual:

"*1. Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los poderes adjudicadores no estarán obligados a exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

a) debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos de comunicación requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles;

b) las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el poder adjudicador no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia;

c) la utilización de medios de comunicación electrónicos requeriría equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los poderes adjudicadores;

d) los pliegos de la contratación requieren la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos.

Con respecto a las comunicaciones para las que no se utilicen medios de comunicación electrónicos con arreglo al párrafo segundo, la comunicación se realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del presente apartado, los poderes adjudicadores no están obligados a exigir medios de comunicación electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios de comunicación no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de dichos medios de comunicación electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos en el sentido del apartado 5.

Corresponderá a los poderes adjudicadores que exijan, con arreglo al párrafo segundo del presente apartado, medios de comunicación que no sean electrónicos en el proceso de presentación de ofertas, indicar en el informe específico mencionado en el artículo 84 los motivos para esa exigencia. Cuando proceda, los poderes adjudicadores indicarán en los informes específicos las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios de comunicación distintos de los electrónicos en aplicación del párrafo cuarto del presente apartado."

Junto con el precepto anterior, también se remite el recurrente a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), que considera de plena aplicación a los procedimientos de contratación.

Pues bien, es cierto que el artículo 22 de la Directiva impone la comunicación electrónica como medio preferente de comunicación, no obstante, el recurrente no ha tenido en cuenta el artículo 90 de la Directiva, según el cual: "*2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, los Estados miembros podrán aplazar la aplicación del artículo 22, apartado 1, hasta el 18 de octubre de 2018, excepto cuando el uso de medios electrónicos*

sea obligatorio en virtud de los artículos 34, 35 o 36, el artículo 37, apartado 3, el artículo 51, apartado 2, o el artículo 53."

No habiendo traspuesto la Directiva en plazo, no cabía sino entender que el Estado no quiso imponer la tramitación electrónica con anterioridad al 18 de octubre de 2018; circunstancia ahora resuelta para los contratos que se tramiten al amparo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

A mayor abundamiento, de haberse impuesto por los órganos de contratación la tramitación electrónica esto podría interpretarse como un gravamen para los licitadores. La invocación del efecto directo sólo es procedente cuando es ascendente, es decir, cuando son los administrados los que invocan la aplicación de una Directiva cuyo plazo de trasposición ha finalizado sin que el Estado haya cumplido con su deber. Sin embargo, el efecto directo descendente se encuentra prohibido, pues no es admisible para los Estados invocar una Directiva en perjuicio de los administrados cuando la ausencia de trasposición sólo es debida a su falta de diligencia.

De lo anterior se deriva que en la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publicó la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, la Junta Consultiva se refiriera a la tramitación electrónica en estos términos: "*Cuando el órgano de contratación acepte que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en el artículo 22, apartados 1, 5 y 6 DN, el plazo mínimo de 30 días podrá reducirse en 5 días*."

Es decir, podría haberse permitido la presentación electrónica, aun cuando se podía esperar para ello hasta el 18 de octubre de 2018, pero no se podía imponer a los licitadores, debiendo aplicar las Administraciones Públicas la legislación nacional vigente.

Advertimos que el recurrente, conocedor de que la JCCA no se refería al artículo 22 de la DN más que en los términos transcritos, no hace mayor cita al respecto. Pero sí realiza una cita concreta del Informe 1/2016 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Sin embargo, en dicho informe

se especifica que tiene aplicación directa el artículo 22 de la DN, pero en sus apartados 2, 5 y 6, no en el apartado 1, que es el apartado en el que fundamenta su recurso la impugnante.

Respecto a la aplicación directa de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, el GMPP considera que la disposición adicional primera de dicha norma somete tácitamente el procedimiento de contratación al procedimiento administrativo común; y que por tanto, estableciendo dicha norma la obligación de tramitación electrónica de los procedimientos en su artículo 14, la Administración incurre en infracción del ordenamiento vigente.

Sin embargo, el razonamiento del recurrente es erróneo. El TRLCSP es una norma con rango de Ley que regula un procedimiento administrativo especial, como es el procedimiento de contratación. Por tanto, por su propia naturaleza de ley especial debe prevalecer en cuanto a sus disposiciones frente a la LPAC, que se trata de una ley general. La aplicación de la LPAC será siempre supletoria del TRLCSP, y no al revés; y de hecho, así se estipula en otro precepto omitido en el recurso, como es la disposición final tercera del TRLCSP, según la cual: "*1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias*."

Por tanto, regulando tanto el TRLCSP, como su normativa de desarrollo, la forma de presentación de las ofertas, no resulta de aplicación el artículo 14 de la LPAC.

En vista de todo lo anterior, el motivo no puede ser estimado.

Noveno. Criterios de desempate.

El GMPP impugna a continuación la cláusula 9.A.8 del PCAP, en relación con la cláusula 11.2, por la forma en que los pliegos han regulado los criterios de desempate en el caso de igualdad en las valoraciones de las proposiciones.

La cláusula 9.A.8 del PCAP establece:

"***A.8.-*** *Criterios de preferencia en la adjudicación. A los efectos de que pueda tenerse en cuenta como criterios de desempate, se deberá presentar acreditación documental de los*

que se quiera hacer valer por el licitador en caso de producirse un empate, y ello de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 1 .2 del PCAP."

Por su parte, la cláusula 11.2 del PCAP añade:

"***11.2. Orden de preferencia en la adjudicación**. En el caso de que dos o más proposiciones se encuentren igualadas como las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven de base para la adjudicación, tendrán preferencia, las siguientes empresas:*

***A-** Las empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%. En caso de empate entre estas empresas, tendrá preferencia la persona licitadora que disponga del mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla. Para la acreditación de este aspecto, se requerirá al licitar propuesto para la adjudicación para que aporte los documentos TC2 correspondientes a todo el personal de la empresa y la relación de personas con discapacidad integradas en la plantilla especificando número de Documento Nacional de Identidad, acompañada de los respectivos justificantes de discapacidad. Asimismo, deberán presentar relación de los trabajadores fijos discapacitados junto con el contrato de trabajo, para acreditar la antigüedad en plantilla.*

***B-** Si persiste el empate, tendrán preferencia en la adjudicación las empresas de inserción, conforme a lo previsto en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, primando las que tengan mayor antigüedad como tales empresas de inserción, requiriéndoseles la justificación de tener dicha consideración conforme a la normativa aplicable, así como de la antigüedad de dicha consideración.*

***C-** Si persiste el empate, o no se hubiera podido dirimir aplicando el apartado anterior, tendrán preferencia en la adjudicación las empresas que tengan la marca de excelencia o desarrollen otras medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*

D- *Si persiste el empate, o no se hubiera podido dirimir aplicando los dos apartados tendrán preferencia en la adjudicación las empresas que acrediten tener implantado un sistema de gestión medioambiental en desarrollo de las normas EMAS, UNE-EN-ISO 14001 u otra norma equivalente, o justificar, mediante cualquier otro medio adecuado, que se cumplen los requisitos de calidad establecidos en el sistema antes citado.*

E- *Si aun así persistiera la igualdad entre las proposiciones, o si ninguna de las empresas tiene preferencia conforme a los párrafos anteriores, se procederá a la realización de un sorteo.*

A los efectos de poder tomar en consideración alguno o alguno de estos criterios como de preferencia en la adjudicación, los licitadores deberán haber hecho mención expresa al respecto junto con la declaración responsable contenida en el Sobre nº1, debiendo acreditarlo documentalmente cuando se le requiera para la presentación de la documentación a que se hace referencia en el apartado siguiente."

El recurrente entiende que el pliego es incoherente internamente, y que por ello adolece de motivación, pues permite a los licitadores que escojan el criterio de desempate que tengan por conveniente a la hora de presentar sus proposiciones, lo que puede dar lugar a que los licitadores elijan criterios distintos y no coincidan en ningún criterio concreto. A su juicio, aunque reconoce el recurrente que existe un orden de prelación en la cláusula transcrita, éste carece de sentido por el hecho de ser posible que los licitadores escojan criterios diferentes.

El órgano de contratación no se ha pronunciado expresamente sobre este apartado en su informe sobre el recurso.

Pues bien, considera este Tribunal que la conclusión alcanzada por el recurrente no se compadece con el texto de los pliegos, que se aprecia claro y exento de confusión.

El PCAP permite que cada licitador acuda al criterio de desempate que tenga por conveniente, pudiendo, de hecho, por su cuenta y riesgo, no utilizar ninguno de ellos. Como no puede ser de otra manera, la decisión que tomen los licitadores vendrá condicionada por su capacidad de cumplimiento de los diferentes criterios. Pero además, los licitadores son

conocedores del orden de preferencia establecido en la cláusula 11 del PCAP, lo que les facilita la toma de decisión.

El texto de la cláusula 11 no presenta confusión, siendo el primer criterio para desempatar las ofertas es el contenido en la letra A, lo que por otro lado es lógico, pues incorpora al PCAP la disposición adicional cuarta del TRLCSP. Se deduce el orden de prelación, en primer lugar, de la posición misma de las letras de la cláusula 11, ordenadas alfabéticamente, y en segundo lugar, del texto de sus apartados.

Comienza la letra B como sigue: "***B-** Si persiste el empate…*" Es decir, se acude a la letra B si falla la letra A, y podríamos añadir, si nadie presentara la documentación basada en aquel criterio. Y a continuación, la letra C, con mayor claridad aún, prevé: "***C-** Si persiste el empate, o no se hubiera podido dirimir aplicando el apartado anterior, tendrán preferencia en la adjudicación...*" Es decir, si no se consigue dirimir el empate, o bien porque las empresas siguen manteniendo la igualdad, o bien porque el apartado anterior no hubiese podido aplicarse, se utilizará el siguiente criterio. Y para concluir, la letra E establece una cláusula de cierre acudiendo al sorteo como solución final, o bien porque se mantuviera el empate, o bien porque ninguna licitadora hubiera presentado criterios de desempate.

Por tanto, no se aprecia incoherencia en el sistema ni falta de motivación, por lo que el motivo no puede ser estimado.

Décimo. Obligaciones sociales y laborales.

Tanto el GMPP como las recurrentes personas físicas han impugnado la cláusula 15.5 del PCAP, relativa a las obligaciones del adjudicatario en materia social y laboral.

Por razones evidentes, las personas físicas carecen de interés en cuanto a cuáles son las obligaciones que le corresponderán a los adjudicatarios.

El texto de la cláusula impugnada es el siguiente, cláusula 15.5 del PCAP:

"*El contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de minusválidos y de prevención de riesgos laborales,*

conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, Real Decreto 171/2004, de 30 enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de dicha Ley en materia de coordinación de actividades empresariales, en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, así como las que se promulguen durante la ejecución del contrato.

EI contratista deberá contratar el personal preciso para atender a sus obligaciones. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, por cuando este tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario y deberá cumplir las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y seguridad e higiene en el trabajo, referidas al propio personal a su cargo, sin que en ningún caso pueda alegarse derecho alguno por dicho personal en relación con la Administración contratante, ni exigirse a esta responsabilidades de cualquier clase, como consecuencia de las obligaciones existentes entre el adjudicatario y sus empleados, aun en el supuesto de que los despidos o medidas que adopte se basen en el incumplimiento, interpretación o resolución del contrato. No existirá por tanto vinculación laboral alguna entre el personal que se destine a la ejecución del contrato y el Ayuntamiento de Torre-Pacheco EI Ayuntamiento de Torre-Pacheco podrá exigir en cualquier memento al contratista la liquidación correspondiente a los seguros sociales y haberes salariales del personal afecto al servicio, debidamente selladas por la Entidad donde se haya efectuado el ingreso.

***Subrogación**: EI adjudicatario se subrogará, de conformidad con la normativa legal vigente, en los contratos de trabajo de la empresa saliente que actualmente presta el servicio objeto del contrato, siempre que resulte exigible. A estos efectos, se incluye en los anexos al PPT, la relación de los trabajadores que en la actualidad se encuentran prestando el servicio. Dicha relación ha sido facilitada por la empresa que actualmente presta el servicio, quedando el Ayuntamiento exento de cualquier responsabilidad derivada de la inexactitud de los datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación periódica para el adjudicatario de justificar dichos aspectos al Ayuntamiento trimestralmente.*

[…]"

A juicio del recurrente, esta cláusula contraría el artículo 120 del TRLCSP, según el cual:

"*En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste*."

Entiende el recurrente que la exclusión de responsabilidad contenida en la cláusula 15.5 del PCAP es contraria a la Ley, y que por ello debe declararse la nulidad radical.

Por su parte, el órgano de contratación opone que no se ha vulnerado la Ley, y que la cláusula de salvaguarda contenida en los pliegos simplemente pretende proteger a la Administración para el caso de que el prestador del servicio realice una comunicación inveraz de los datos socio-laborales.

El presente motivo no puede ser estimado por las razones que pasamos a exponer.

Hemos de comenzar por advertir que el GMPP considera que el hecho de que se infrinja la Ley da lugar a la nulidad de pleno derecho, *per se*. Sin embargo, esta afirmación no se compadece con el régimen jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la ineficacia de los actos administrativos, toda vez que la nulidad radical sólo se producirá en aquellos supuestos tasados por la Ley, en concreto, en los casos del artículo 47.1 de la LPAC. Luego, no habiendo invocado supuesto alguno del artículo 47.1 LPAC, lo más que podría pretenderse sería la anulación de los pliegos.

Por otro lado, la doctrina de este Tribunal invocada por el recurrente es correcta pero sesgada, no arribando a la conclusión que el GMPP postula.

Hemos señalado en reiteradas ocasiones (valga por todas la resolución 1031/2016) que la eventual obligación de subrogar a los trabajadores del anterior contratista se rige por las disposiciones legales (vgr.: artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real

Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre –en adelante, ET- u otras normas sectoriales, como el 75.4 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) o convencionales en cada caso aplicables; y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí exigir esa medida por tener un contenido estrictamente laboral (cfr.: Resoluciones 75/2013, 134/2013, 267/2013, 341/2013, 8/2014, 14/2014, 30/2014, 37/2014, 386/2014, 452/2014, 502/2014, 586/2014, 670/2014, 906/2014, 88/2015, entre otras muchas), y ello por más que la lectura aislada del artículo 120 del TRLCSP pudiera llevar a otra conclusión.

El órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación –de origen normativo, insistimos-, informar en el Pliego o en la documentación complementaria "*sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida*" (cfr.: artículo 120 TRLCSP). **Cualesquiera que puedan ser en otro orden las consecuencias de la infracción de ese deber informativo, es claro que no alcanzan al derecho de los trabajadores a ser subrogados por la empresa entrante** (cfr.: Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 -Roj STSJ PV 4693/2010-).

La finalidad de este deber informativo es proporcionar a todos los candidatos interesados una información sobre los eventuales costes laborales asociados a la prestación del servicio, que, sin duda, es relevante a la hora de que aquéllos puedan decidir si concurren o no al procedimiento y en qué términos deben formular sus ofertas.

Se trata, en suma, de cumplir con ello la obligación que incumbe a los poderes adjudicadores de informar a los licitadores de todas las condiciones que lleve aparejada la ejecución del contrato con el objeto de que los mismos puedan tenerlos en cuenta al elaborar sus ofertas (cfr.: Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos).

A fin de cuentas, "*el operador que presenta una oferta debe poder evaluar, en caso de que ésta tenga éxito, si le interesará comprar activos significativos al actual concesionario y*

hacerse cargo de todo su personal o de una parte del mismo o si estará obligado a hacerlo y, en su caso, si se encontrará en una situación de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187" (Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 25 de enero de 2001 -asunto C172/99).

En esta tesitura, el criterio de este Tribunal, **teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación**, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, **el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria** (cfr.: Resoluciones 608/2013, 502/2014, 542/2014).

En el presente caso, los pliegos contienen la siguiente cautela respecto a la información facilitada por la empresa respecto a la subrogación de los trabajadores: "*Dicha relación ha sido facilitada por la empresa que actualmente presta el servicio, quedando el Ayuntamiento exento de cualquier responsabilidad derivada de la inexactitud de los datos contenidos en la misma".* Visto el tenor literal del artículo 120 del TRLCSP, y expuesta la interpretación que este Tribunal ha realizado sobre dicho precepto y la normativa de aplicación, no cabe concluir que la Administración deba asumir las consecuencias de la falta de veracidad de la declaración del contratista, tal y como postula el recurrente.

Como señala el GMPP, a la Administración le corresponde velar porque la información suministrada sea completa y veraz, si bien, debemos añadir que para el caso de que no haya ningún indicio que permita entender que la información suministrada no es veraz, la Administración habrá cumplido con la obligación que le impone el artículo 120 del TRLCSP. La responsabilidad por la falta de veracidad de la información no puede trasladarse, con carácter general, a la Administración, sino que le corresponderá asumir las consecuencias a la empresa saliente.

Desde la perspectiva laboral, no cabe duda de que el régimen de responsabilidad es el descrito anteriormente, y así viene siendo asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Valga por todas su Sentencia de 10 de junio de 2013 (rec.- 2208/2012), en la que exponía lo siguiente: "[…] *hemos indicado con reiteración que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97-; 20/01/02 -rec. 4749/00 - 29/01/02 -rcud 4749/00 - ; 11/03/03 - rec. 2252/02 - ; y 28/07/03 -rec. 2618/02 - . A destacar que otra solución se impuso -por diversidad de normativa convencional- en las sentencias de 20/09/06 -rec. 3671/05- , para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 -rcud 381/06 - , para empresas de seguridad). Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02-; y 28/07/03- rec. 2618/02-)*".

Y en el ámbito administrativo, frente a un cumplimiento irregular en la obligación de información por parte de la empresa, la Administración deberá adoptar todas las medidas previstas en el ordenamiento para el caso de incumplimiento de la normativa de contratación, así como cualesquiera otras que prevean los pliegos de licitación.

Por tanto, el motivo no puede ser estimado.

Undécimo. Ámbito territorial.

Todos los recurrentes cuestionan el ámbito territorial del contrato determinado en la cláusula 2 del PPT. Establece tal cláusula:

"***2 ÁMBITO TERRITORIAL.***

Los Servicios de Limpieza Viaria y Recogida y Transporte de Residuos Sólidos Urbanos del término municipal de Torre-Pacheco, se extenderán a todo el término municipal de Torre-Pacheco, según los límites establecidos en los planos adjuntos en los Anexos el presente pliego, incluyendo todos los núcleos urbanos de que consta el municipio de Torre-Pacheco a fecha del inicio de la prestación.

En materia de limpieza quedan expresamente excluidas del presente Pliego:

- *Las entidades de conservación en las que se incluya la prestación de este servicio.*
- *Espacios comunes de carácter privado, como: zonas verdes, caminos, calles, pasadizos, y áreas peatonales.*
- *Las galerías con servidumbre de uso y mantenimiento privado (salvo aquellas que defina previamente los Técnicos Municipales responsables del seguimiento del servicio)*

La recogida de residuos se realizará en:

- *Los Cascos Urbanos.*
- *En las urbanizaciones.*
- *En los Polígonos y zonas Industriales.*
- *En Diseminados: además de las zonas indicadas anteriormente existen actividades o viviendas aisladas a las que también debe prestarse el servicio de recogida ubicadas mayoritariamente en las carreteras.*
- *El adjudicatario actuará en el ámbito que se le requiera en situaciones de emergencia de otros organismos públicos, así como en aquellos acuerdos y convenios en los que intervenga el Ayuntamiento de Torre-Pacheco en materia de limpieza urbana y recogida de residuos, durante la duración de este contrato.*

Con independencia del comienzo efectivo del contrato, el adjudicatario contará con un plazo máximo de 4 meses para empezar a prestar el servicio conforme queda definido en los Pliegos de condiciones que rigen el presente contrato."

Como ocurría en apartados precedentes, el interés de los recurrentes personas físicas en el presente apartado no supera el umbral de un interés de mera legalidad, sin que el resultado del procedimiento produzca una repercusión directa y precisa en su ámbito de derechos e intereses.

En cuanto a la concreta crítica del GMPP, ésta estriba en la inclusión de los polígonos y zonas industriales, por considerar que tal inclusión vulnera la normativa municipal, además de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, según la cual los residuos industriales deben ser gestionados por gestores autorizados.

Frente a ello, el Ayuntamiento señala que los residuos a los que se refieren los recurrentes están excluidos del objeto del contrato, a la vista de la cláusula primera del PPT. La cláusula primera, en lo que aquí interesa, establece:

"*En la recogida de residuos se realizará la recogida de residuos sólidos urbanos de la fracción resto, residuos de las barredoras, y la recogida de residuos valorizables envases, papel y cartón, vidrio y pilas con la periodicidad que se establece en el presente pliego así como su transporte a los centros de tratamiento y de recuperación. De igual forma se incluye el mantenimiento, lavado y suministro de los contenedores necesarios para la prestación del servicio de recogida. Se realizarán otras recogidas complementarias, como: recogida de muebles y enseres, animales muertos, etc.). El servicio de recogida de residuos también abarcará la gestión de los ecoparques municipales*."

Pues bien, el artículo 3 de la Ley 22/2011, citado por los recurrentes, no permite apreciar directamente una infracción de la normativa de aplicación por los pliegos de contratación, regulando sólo dicho artículo la definición de "residuos industriales".

Dicho lo cual, el recurrente no argumenta nada más allá la normativa que considera infringida. Tampoco el Ayuntamiento ofrece en su informe una explicación completa de los preceptos que amparan la legalidad de su actuación.

La falta de fundamentación de la pretensión ejercitada no puede sino conducir a su desestimación. Si bien, este Tribunal, en cumplimiento de su obligación de motivar sus

decisiones, ha de llevar a cabo una labor de prospección jurídica para determinar la conformidad a Derecho de los pliegos.

Los recurrentes ligan un espacio industrial con un tipo de residuo. Y es que, los residuos a los que se refieren los pliegos impugnados no son residuos industriales, con independencia del lugar en que sean recogidos. Esta situación es comprensible dado que no todo residuo existente en un área industrial es un residuo industrial, porque no todos los residuos que produce una industria son residuos industriales.

La normativa que se invoca como infringida, la Ordenanza de Limpieza Viaria y Gestión de Residuos, aprobada por Resolución del Ayuntamiento de Torre Pacheco en fecha 4 de marzo de 2014, define los residuos domésticos en su artículo 4:

"*A efectos de aplicación de esta Ordenanza se consideran residuos domésticos , los generados en los hogares como consecuencia de las actividades domésticas, se consideran también domésticos los similares a los anteriores generados en servicios e industrias , así como los residuos que se generan en los hogares de aparatos eléctricos y electrónicos, ropa , pilas, acumuladores , muebles y enseres así como los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria .*

Tendrán también la consideración de residuos domésticos los residuos procedentes de la limpieza de vías públicas, zonas verdes áreas recreativas, los animales domésticos muertos y los vehículos abandonados..."

La Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en su artículo 3, contiene una definición similar, al prever: "*b) «Residuos domésticos»: residuos generados en los hogares como consecuencia de las actividades domésticas. Se consideran también residuos domésticos los similares a los anteriores generados en servicios e industrias*."

Por tanto, conforme a las definiciones anteriores, las empresas de servicios y las industrias pueden generar residuos domésticos, los cuales, por razones lógicas, se producirían principalmente en zonas o áreas industriales.

La recogida de residuos del presente pliego se refiere a residuos de la "*fracción resto, residuos de las barredoras, y la recogida de residuos valorizables envases, papel y cartón, vidrio y pilas con la periodicidad que se establece en el presente pliego así como su transporte a los centros de tratamiento y de recuperación*." Es decir, el servicio no comprende la recogida de residuos industriales.

A los anteriores tipos de residuos se refiere el artículo 35 de la Ordenanza, rubricado "*recogida selectiva de residuos*", dentro del título IV de la Ordenanza, sobre "*Recogida y gestión de los residuos*". Sin embargo, a los residuos industriales se refiere un título diferente de la Ordenanza, el Título V, rubricado "*Residuos industriales y especiales*". Basta por tanto un estudio sistemático de la norma que se considera infringida para comprobar que los residuos industriales no quedan incluidos en el ámbito de aplicación del contrato, por lo que no se ha infringido la normativa invocada.

Para concluir, el artículo 46 de la Ordenanza señala que "*Los productores o poseedores de residuos industriales están obligados a la gestión, a su cargo, de estos residuos según la legislación vigente. Los productores o poseedores de residuos industriales comunicarán por escrito a este Ayuntamiento la forma adoptada de valorización y eliminación*." Mientras que el artículo 48 añade: "*Los productores o poseedores de cualquier residuo que se encuentren obligados a su eliminación o valorización, llevarán un registro en el que se haga constar diariamente el origen, cantidades y características, así como el destino de los mismos, indicando transportista, gestor final y forma de tratamiento, valorización o tipo de eliminación. Dicho registro podrá ser examinado en todo momento por la inspección municipal, levantando acta en la que constará su resultado.*" Es decir, la responsabilidad de la gestión de los residuos industriales, como señalan los recurrentes, le corresponde a los productores o poseedores de los mismos, y no al Ayuntamiento, al cual le corresponde un control exógeno. Por tanto, la inclusión de tales residuos en el pliego carecería de sentido, y habría sido, en tal caso, contraria a la normativa.

El GMPP también contiene una alegación relativa a la recogida de los biorresiduos, que debe ser igualmente desestimada en los términos que acabamos de exponer.

Duodécimo. Anulación de los contenedores soterrados.

Los cuatro recurrentes discuten la eliminación en los pliegos de contratación de los contenedores soterrados. Consideran los recurrentes que existen motivos de oportunidad y de legalidad que impiden la remoción de los contenedores soterrados. Además, consideran que existe un error material en los pliegos, porque no se han listado correctamente los contenedores existentes en las respectivas comunidades de propietarios.

En el presente caso sí se aprecia un interés preciso de los recurrentes, en tanto que la definición de la prestación del servicio repercute directamente en los servicios recibidos, así como en sus intereses económicos.

Pues bien, se cuestiona por los recurrentes la legalidad de la cláusula 6.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), según el cual:

"***6.5 ANULACIÓN DE LOS CONTENEDORES SOTERRADOS****.*

En los anexos del presente Pliego, se indica el número de contenedores soterrados existentes por tipo de residuos distribuidos por el municipio de Torre-Pacheco.

Los licitadores deberán incluir en su oferta los costes de las actuaciones necesarias para la anulación de los contenedores soterrados existentes en el municipio y las obras para la integración de las zonas reservadas a los citados contenedores en el actual entorno urbano.

Las actuaciones para la anulación de los actuales contenedores soterrados, incluirán las partidas siguientes:

- *Anulación, desmontaje y retirada de la estructura metálica y sistema hidráulico de los contenedores.*
- *Relleno y compactado con material apropiado de la zona donde se ubican los contenedores.*
- *Creación de pavimento de similares características al existente en el entorno de la actuación.*

Junto con el proyecto operativo se describirán de forma detallada las actuaciones propuestas por el licitador para llevar a cabo la anulación de los contenedores soterrados.

La anulación de los contenedores soterrados se tendrá que llevar a cabo dentro del primer año de contrato."

Por su parte, la Administración recurrida opone que existen motivos de oportunidad y economía que avalan la decisión de acabar con el funcionamiento de contenedores soterrados, obrando al efecto un informe técnico en el expediente administrativo. Además, en cuanto al número de contenedores, el Ayuntamiento alega que sólo ha recibido ciento cinco contenedores, pues existen contenedores que no han sido aún recibidos definitivamente por el Ayuntamiento.

Examinados los planteamientos de las partes, debemos advertir que no se invoca ninguna infracción de legalidad que pueda ser examinada por este Tribunal. Las recurrentes apelan a principios jurídicos genéricos, como la eficiencia o la proporcionalidad, o a meras cuestiones de oportunidad, no correspondiéndole a este Tribunal dirimir tal tipo de controversias.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, fue creado por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, se encuentra regulado por el artículo 41 del TRLCSP, y el RPERMC.

La creación se produjo como consecuencia de la transposición a derecho nacional de las Directivas 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, y 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, ambas modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas

89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

La Directiva 89/665/CEE previene en su artículo 1.1 que:

"*La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere 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, salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva.*

A los efectos de la presente Directiva se entiende por contratos los contratos públicos, acuerdos marco, concesiones de obras públicas y sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa".

Así las cosas nuestro ámbito de actuación se constriñe estrictamente a velar por el correcto cumplimiento las vigentes Directivas de contratación, números 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, todo ello velando por el cumplimiento

de las normas nacionales que las transponen, 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, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, así como las demás normas legales y reglamentarias que completan aquel bloque de legalidad.

En modo alguno este Tribunal extiende su competencia a cualquier cuestión urbi et orbe, ajena a aquel estricto contenido, por el mero hecho de que tenga relación o desemboque en un procedimiento de contratación.

Las cuestiones que, como motivos o causas, tanto jurídicos como de oportunidad, preceden a la toma de decisión de los órganos de contratación a la hora de iniciar un procedimiento de licitación nos son, en principio, ajenas, salvo que se hayan infringido los preceptos de la legislación de contratación pública.

No nos compete dirimir disputas bajo premisas de oportunidad o conveniencia, como se pretende en el presente caso. Las decisiones que tome el Ayuntamiento sobre su política de gestión de residuos no han de ser revisadas por este Tribunal, salvo en los aspectos que infrinjan la normativa citada.

Por tanto, este motivo no puede ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir los recursos interpuestos por D. Paul Anthony Taylor, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios Complejo lnmobiliario privado MAR MENOR GOLF RESORT, D. Mark Leo Leonard, en nombre y representación de la Comunidad de

Propietarios Complejo lnmobiliario Privado MAR MENOR ll, y D. Juan José Soto Pedreño, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del Residencial LA GOLETA; y desestimar íntegramente los recursos interpuestos por D. Paul Anthony Taylor, D. Mark Leo Leonard, y D. Juan José Soto Pedreño, en su propio nombre y representación, y por Dª Josefina Martín Otón en representación del GRUPO MUNICIPAL DEL PARTIDO POPULAR DE TORRE PACHECO, contra los pliegos reguladores del procedimiento de licitación del contrato de "*Servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos del término municipal de Torre-Pacheco",* Expediente: 2018/S 046-102184.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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