



Recurso nº 478/2013 C.A La Rioja 054/2013

Resolución nº 381/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.M.S., en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la contratación de la gestión del servicio de limpieza viaria de la Ciudad de Calahorra (Expediente 01/2013 CO GSE), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Calahorra anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación de la gestión del servicio de limpieza viaria de la Ciudad de Calahorra, el día 2 de agosto de 2013, a través del Boletín Oficial de la Rioja. Se señala en el anuncio que el valor estimado del contrato es de 9.140.873,40 euros (IVA excluido).

Segundo. Contra el pliego de cláusulas administrativas particulares FCC interpuso recurso especial dirigido a este Tribunal mediante escrito presentado en el registro del órgano de contratación el 21 de agosto de 2013. Con fecha de 16 de agosto de 2013 se presentó ante el órgano de contratación anuncio previo de la interposición del recurso.

Con fecha 4 de septiembre de 2013, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Tercero. El Tribunal, en sesión de fecha 6 de septiembre de 2013, acordó conceder la medida cautelar solicitada por FCC en el recurso, consistente en suspender el expediente

de contratación, de forma que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de las medidas provisionales acordadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de La Rioja el 2 de agosto de 2013 y publicado en el BOE el día 18 de agosto de 2012.

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, la entidad FCC ostenta legitimación activa para interponer el recurso. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de gestión de servicios públicos comprendido en el artículo 40.1 c) TRLCSP y, por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2 a) TRLCSP, es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Sobre el fondo, hemos de analizar, en primer lugar, el reproche que se hace por la recurrente al acto recurrido consistente en el incumplimiento de la normativa laboral en materia de subrogación.

Según señala FCC, la primera vulneración que se advierte en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se encuentra en su cláusula 16^a que establece que:

“La empresa adjudicataria quedará obligada a absorber el personal contratado por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS que fue subrogado con efectos 1 de junio de 1993 en las obligaciones laborales que correspondían hasta ese momento al Excmo. Ayuntamiento de Calahorra, y que en la actualidad están contratados por la señalada mercantil para la gestión del servicio de limpieza viaria de la ciudad de

Calahorra, debiendo efectuar la señalada absorción de personal en régimen de relación laboral y condiciones de trabajo no inferiores a las que vienen disfrutando.

Salvo lo referido a esos dos trabajadores, la prestación de los servicios objeto de este contrato está libre de cargas de personal que lo fuera municipal y vinculado al mismo. En consecuencia, la Administración Municipal no impondrá la sucesión de las relaciones laborales de los trabajadores que han venido realizando su trabajo en el servicio de limpieza viaria de la ciudad de Calahorra que constituye el objeto de este contrato, al nuevo contratista que resulte adjudicatario del mismo. Para la realización del servicio objeto de este contrato, el adjudicatario no precisa realizar ninguna obra e instalación. No obstante, los elementos personales o materiales que destine al servicio, lo serán únicamente durante el plazo de vigencia del contrato, no pudiéndose apreciar al término del mismo indicios que den lugar a establecer una sucesión de empresas entre la primera y la entidad que le suceda en la realización de los trabajos y servicios contratados.

Al finalizar la contrata, cualquiera que sea su causa, y se proceda o no a una nueva adjudicación del servicio, la Administración no se subrogará en ningún caso en las relaciones de empleo con los trabajadores del contratista saliente que vinieran prestando su trabajo en el servicio de limpieza viaria de la ciudad de Calahorra, ya que la titularidad de dicha relación laboral viene determinada por el principio de dependencia respecto de un determinado empresario, por lo que tales trabajadores seguirán adscritos a la empresa que los contrató, conservando en ella su categoría profesional y pasando a desempeñar sus funciones en el lugar que su empresario designe, dejando a salvo lo que pudiera resolverse en un expediente de regulación de empleo, cuyas consecuencias indemnizatorias, de producirse, correrán a cargo exclusivamente del empresario que lo promueva.

En línea con lo anterior, el Ayuntamiento de Calahorra no impone al nuevo contratista la sucesión de las relaciones laborales de los trabajadores que en la actualidad vienen realizando este servicio bajo la dependencia de la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., ello, independientemente, de lo que a la mercantil adjudicataria de este contrato de gestión del servicio de limpieza viaria de la ciudad de Calahorra mediante concesión le pueda ser de aplicación en cumplimiento de

su Convenio Colectivo y respecto a la subrogación de los trabajadores de las empresas contratistas de la Administración Pública, o que pueda serle de aplicación lo dispuesto en el “Convenio General del Sector de Limpieza Pública, Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos y Limpieza y Conservación de Alcantarillado” que esté en vigor y referido a la subrogación de los trabajadores de las empresas vinculadas al ámbito de aplicación del señalado convenio en contratos públicos o privados.

No obstante, la relación de este personal y de sus circunstancias laborales se reseñan en el Anexo I de este Pliego, conforme a los datos aportados por F.C.C.S.A”.

Por su parte, el Anexo I del PCAP distingue entre el personal a subrogar vinculado al Excmo. Ayuntamiento de Calahorra, cuya subrogación se impone por la Administración Municipal; el Personal de la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., cuya subrogación no se impone por la Administración Municipal; y el personal de la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., con contratos de trabajo por obra, que según el criterio de la señalada mercantil es subrogable sin que se haya determinado el objeto de la obra al que el personal está vinculado, y cuya subrogación no se impone por la Administración Municipal.

A juicio de la recurrente, el Ayuntamiento de Calahorra impone la subrogación de los dos trabajadores que antes de que el contrato se gestionara de manera indirecta formaban parte de la plantilla municipal y respecto al resto manifiesta expresamente que no la impone, como no puede ser de otra forma. Sin embargo, continúa señalando, del contenido del resto de la cláusula y del Anexo I del Pliego pudiera llegar a interpretarse por las empresas interesadas en presentar sus ofertas en el presente procedimiento que únicamente es obligatoria la subrogación de esos dos trabajadores por imposición de los Pliegos, con las consecuencias que en cuanto al cálculo del precio a ofertar ello inevitablemente supondría.

A la vista de la redacción de la cláusula 16^a del PCAP y del contenido del Anexo I del mismo, FCC entiende que deben ser anulados dado que exceden de lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP.

A juicio de la recurrente, este clausulado del pliego está en contradicción con lo dispuesto en la legislación laboral, respecto a la sucesión de empresas y la subrogación de personal y atenta, igualmente, contra los derechos de los trabajadores regulados en el Convenio General del Sector por el que se rigen.

Entiende aquélla que no se debía haber puesto nada en referencia a las condiciones del personal a subrogar o, simplemente, limitarse a hacer remisión a lo establecido en la legislación laboral al respecto, pero nunca, generar confusión con expresiones discriminatorias pareciendo establecer regímenes distintos a trabajadores que se rigen por la misma normativa.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, señala que el pliego distingue el personal vinculado al servicio cuya subrogación se impone al nuevo contratista, y el resto del personal vinculado al servicio cuya subrogación se deduce de la normativa laboral aplicable pero no se impone por la Administración municipal. Esta distinción, que no es arbitraria, se justifica, a su juicio, en la medida que los trabajadores con subrogación obligatoria están vinculados al Ayuntamiento de Calahorra puesto que ostentaban la condición de personal laboral fijo al iniciar el primer contrato de gestión de servicio de limpieza viaria (esto es hasta el 31 de mayo de 1993) y fueron subrogados al primer contratista para la ejecución del contrato, de forma que, si el Ayuntamiento de Calahorra rescatara el servicio, debería reincorporarlos a su plantilla de personal laboral fijo, y no así al resto del personal del concesionario rescatado que, en ningún caso, se incorporaría a la plantilla municipal sin vulnerar las normas constitucionales de acceso a la función pública.

Continúa señalando que las obligaciones de subrogación no tienen su origen en el contrato, sino que derivan de las normas laborales y en esos términos está redactada la cláusula 16^a. En ese sentido, dice, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no impone la subrogación, tampoco la prohíbe ni la valora como criterio de adjudicación. En cualquier caso, sí constituye una obligación del órgano de contratación incorporar al pliego la información complementaria relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores que pueden verse afectados por la subrogación, cuestión que ha sido

resuelta en el Anexo del Pliego con la información que, en su momento, presentó la mercantil recurrente, que es la actual concesionaria del servicio.

Según su criterio, no se alcanza a determinar cómo la cláusula 16ª puede suponer un atentado contra los intereses de FCC, puesto que establece que la subrogación del personal ni se impone ni se prohíbe, sino que se deduce de la normativa laboral aplicable, y se ofrece pública información de las condiciones de trabajo de los trabajadores que están vinculados al servicio, información que es de pertinente conocimiento para los licitadores y para el adjudicatario, en la medida que le sea impuesta la subrogación por aplicación del convenio colectivo aplicable.

Sobre esta materia de la subrogación de los trabajadores del anterior contrato, el artículo 120 del TRLCSP señala que *"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."*

Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de tratar anteriormente la cuestión que aquí se plantea: la mención en los pliegos a la subrogación obligatoria en los contratos públicos. Así, citamos en su momento la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa quien, en su informe 31/1999, de 30 de junio, exponía que *"en definitiva, se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto, determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares"*.

Tal criterio fue complementado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala *"la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley."*

En nuestra Resolución 181/2011 ya exponíamos que *"la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que, en el momento de convocarse una licitación, se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo."*

Y como también decíamos en nuestra resolución 317/2012, la Administración contratante no es partícipe de las relaciones laborales del adjudicatario del contrato. Así lo ha expresado igualmente la Abogacía General del Estado en su informe de 29 de junio de 2005, en el que señala que *"por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que, desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a*

la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un contenido netamente laboral y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer, ni a la Administración contratante, ni a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio."

Así mismo, este Tribunal, en resoluciones anteriores (por todas, la Resolución 49/2011, de 24 de febrero) ha señalado que, cuando los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego, *"en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación"*.

Así las cosas, estima este Tribunal que el contenido de la cláusula 16ª y el Anexo I del PCAP sobrepasa el ámbito propio de los contratos administrativos determinado por la relación jurídica entre la Administración y el contratista en la medida en que sus estipulaciones afectan a terceros ajenos al vínculo contractual como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria-FCC-. Así mismo, se aprecia en dicha cláusula y Anexo una manifiesta ambigüedad en el tratamiento de la obligación de subrogación por el adjudicatario en las relaciones laborales. En efecto, sin suficiente justificación, los pliegos distinguen entre los trabajadores cuya subrogación impone la Administración Municipal, y los trabajadores cuya subrogación no se impone por la Administración Municipal, lo cual puede generar confusión en los licitadores sobre la obligación o no de subrogarse como empleador en las relaciones laborales y, consiguientemente, dificultad a la hora de formular sus proposiciones.

Admitida por este Tribunal una extralimitación en la cláusula 16ª y en el Anexo I del PCAP, que tienen un contenido netamente laboral, así como una manifiesta oscuridad o ambigüedad en su contenido, habrán de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente.

Quinto. Estima, asimismo, la entidad recurrente que la fórmula aritmética propuesta en el PCAP para valorar las ofertas económicas de los licitadores desvirtúa el objetivo que persiguen los concursos públicos y que no es otro que obtener para la Administración la oferta más ventajosa, es decir, la que se corresponda con un servicio con la mayor calidad y al menor precio posible.

Con arreglo a lo previsto en la cláusula 35 PCAP, la fórmula utilizada para la valoración de la oferta económica es la siguiente:

Se valorará con 50 puntos la oferta económica más ventajosa, (la mayor diferencia entre el tipo de licitación y la oferta), con 0 puntos si se ajusta al tipo de licitación y el resto de forma proporcional, esto es, por aplicación de la siguiente fórmula matemática:

$$POi = \text{MaxP} \times Oi / MO$$

Donde:

POi = Puntos oferta i

MaxP = Máximo de puntos

Oi = Oferta i, diferencia entre el tipo de licitación y la oferta

MO = Mejor oferta, mayor diferencia entre el tipo de licitación y la oferta

A juicio de la recurrente, la fórmula aritmética aplicable para la dicha valoración, basada en la proporcionalidad de las bajas realizadas por los licitadores, es inadecuada al constituir un fraude de ley a lo establecido en el artículo 150 TRLCSP, que en su punto 3 establece que *la valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos estableciendo en la letra e) contratos de gestión*



de servicios públicos, es decir, el legislador prevé que para este tipo de contratos debe de haber más de un criterio de valoración, y aunque formalmente en el Pliego recurrido los hay, la aplicación de los criterios de valoración establecidos por el Ayuntamiento de Calahorra para este contrato suponen, en la práctica, que el adjudicatario del contrato será quien realice la oferta mas económica de las presentadas, independientemente de la puntuación obtenida en la oferta técnica y sin posibilidad de que por parte del Ayuntamiento de Calahorra se solicite justificación alguna de la misma, al no estar prevista la posibilidad de apreciar valores desproporcionados del artículo 152.2 del TRLCSP en el Pliego.

El órgano de contratación, por el contrario, considera que la fórmula seleccionada pretende fomentar e incentivar de los licitadores una legítima competencia, sabiendo que se valora de forma considerable el precio (50 puntos de 100) y, en concreto, al licitador que mayor baja realice.

Según su criterio, con la fórmula del Ayuntamiento se potenciará la competencia de ofertas a la baja en el tipo de licitación, y con la fórmula que propone el recurrente no existirán prácticamente bajas (resulta antieconómica y desincentivadora), de forma que el contrato se adjudicaría, de facto, otorgando mayor ponderación al criterio subjetivo del proyecto, que se puntúa con 44 puntos de 100, y se adjudicaría con una baja sensiblemente menor, en perjuicio de la eficiencia que debe regir la gestión del gasto público.

Considera este Tribunal que, a diferencia de la adjudicación por subasta a la oferta de precio más bajo en la que no se plantean especiales problemas de valoración de las ofertas, en la adjudicación por concurso, en la que, por esencia, no puede jugar exclusivamente el criterio del precio, surgen determinados problemas consistentes en determinar cuales sean los criterios de adjudicación del contrato, el orden de aplicación de los mismos y su respectiva ponderación.

A este respecto, el artículo 150.1 TRLCSP dispone que, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como “la

calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicios postventa u otros semejantes”.

Del precepto que ha quedado transcrito se deduce la conclusión de que los criterios para adjudicar el concurso, entre los que puede, y normalmente debe, figurar el precio, han de ser objetivos y figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la ponderación que se les atribuya, lo que, en principio, se cumple en el presente caso ya que se incluyen en el pliego criterios objetivos, entre ellos, el del precio o importe de la oferta, al que se atribuye una ponderación del 50%.

En lo que se refiere a la elección de fórmula de valoración de la oferta económica, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 27/98, de 11 de noviembre de 1998, señala que, *“a diferencia de la subasta, en el concurso hay que admitir diversas fórmulas de valoración del precio, en el supuesto en que se utilice este criterio, siempre que no contradigan el requisito de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de no poder rechazar automáticamente propuestas anormalmente bajas sin proceder a su verificación y comprobación de su viabilidad”.*

Verificado en el presente caso que la fórmula elegida por el órgano de contratación no produce el efecto indicado, es decir, no determina el rechazo automático de las ofertas anormalmente bajas, estima este Tribunal que no resulta contraria, en modo alguno, a lo establecido en el artículo 150 TRLCSP, siendo forzoso admitir, dentro de los límites legales, la facultad del órgano de contratación de elección de los criterios de adjudicación que estime pertinentes y, particularmente, la elección de la fórmula de valoración de las

ofertas económicas que mejor se acomode a cada concreta licitación. Por consiguiente, debe rechazarse el reproche formulado por la entidad recurrente.

Sexto. Cuestiona, en último término, la entidad recurrente la validez de las cláusulas 9 (párrafo 5º) y 41 (párrafo 1º) del PCAP. Con arreglo a la primera:

“La duración del contrato se fija entre las fechas de notificación del acuerdo de adjudicación y del acuerdo de devolución de garantía definitiva”.

Por su parte, la cláusula 41 (párrafo 1º) establece lo siguiente:

“El adjudicatario queda obligado a suscribir dentro del plazo de 15 días hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación del acuerdo de adjudicación, el correspondiente documento administrativo de formalización del contrato, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. Con carácter previo a la firma del contrato deberá presentar el Número de Identificación Fiscal y alta en el I.A.E. en el ejercicio y en el domicilio fiscal, así como una copia de seguro de responsabilidad civil que cubra suficientemente los riesgos derivados de su actividad”.

A juicio de la entidad recurrente, la cláusula 9ª, además de establecer que la duración del contrato comenzará el día 1 de diciembre de 2013 lo cual es una afirmación "arriesgada", también dice que *“La duración del contrato se fija entre las fechas de notificación del acuerdo de adjudicación y el acuerdo de devolución de garantía definitiva”*, lo cual contraviene lo establecido en el artículo 156.5 TRLCSP relativo a la formalización del contrato (*“No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 113 de esta Ley”*), y el artículo 27 TRLCSP (*“los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización”*). Por tanto, la cláusula 9ª en el apartado analizado, supone una contradicción con la cláusula 41ª PCAP relativa a la formalización del contrato en la que se establece correctamente que *“no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización”* y con los artículos 27 y 156.5 del TRLCSP. El TRLCSP, sigue diciendo la recurrente, establece que la perfección del contrato se produce con su formalización y la obligación de formalizar el contrato para que pueda comenzar a producir sus efectos,

por tanto, el apartado reseñado de la cláusula 9ª es contrario a la Ley, y llegado el caso, debería tenerse por no puesto.

Continúa la recurrente señalando que, en cuanto al momento en que ha de formalizarse el contrato, la cláusula 41ª PCAP ya citada establece que *"el adjudicatario queda obligado a suscribir el contrato dentro del plazo de 15 días hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación del acuerdo de adjudicación"*; sin embargo, este es el plazo que el artículo 156.3 TRLCSP prevé para aquellos contratos no sujetos a recurso especial. En los contratos sujetos a recurso especial el propio artículo 156.3 TRLCSP establece que *"la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.... Y el adjudicatario deberá formalizar el contrato en el plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo de los 15 días hábiles citado, y siempre que no se hubiera interpuesto recurso especial contra la adjudicación"* (el recurso especial contra la adjudicación produce automáticamente la suspensión del procedimiento, de ahí esta redacción legal). Por tanto, concluye, el plazo para formalizar el contrato no es dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación (cláusula 41ª), sino en los 5 días siguientes a haber recibido requerimiento de formalización y siempre que hayan transcurridos 15 días hábiles desde la notificación de la adjudicación.

El órgano de contratación reconoce en su informe que existe una contradicción entre las dos cláusulas citadas y el TRLCSP, pero no considera que eso invalide el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. A su juicio, es evidente que la cláusula 41ª contradice lo dispuesto en el artículo 156.3 del TRLCSP de modo que, llegado ese supuesto, esto es la formalización del contrato, habrá de estarse a lo señalado en el TRLCSP y no a lo dispuesto en la cláusula 41ª, que es la cláusula tipo para contrato no sujeto a recurso especial en materia de contratación.

Establece el primer inciso del artículo 27.1 TRLCSP que *"los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización"*. El artículo 156.5 TRLCSP señala que, con la excepción de lo previsto en el artículo 113, *no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización*. Así mismo, el artículo 156. 3 de dicho

texto legal señala que *“Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.*

El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma, procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151.4”.

Resulta evidente, pues, que la ejecución del contrato no puede iniciarse hasta que se produzca su formalización, y que ésta, en los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación como el presente, no puede producirse hasta que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Por consiguiente, cabe concluir que las cláusulas 9 (párrafo 5º) y 41 (párrafo 1º) del PCAP son contrarias al TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.J.M.S., en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la contratación de la gestión del servicio de limpieza viaria de la Ciudad de Calahorra, declarando nulas

de conformidad con los fundamentos de derecho expresados en la presente resolución las cláusulas 16ª, 9ª (párrafo 5º) y 41ª (párrafo 1º) y el Anexo I, y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que se redacten correctamente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 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 Rioja, en el plazo 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.