



**Recurso nº 1216/2017 C Valenciana 213/2017**

**Resolución nº 235/2018**

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

En Madrid, a 12 de marzo de 2018.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. A. C. O., en representación de la Sociedad Anónima "AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA, S.A.", contra los Pliegos rectores de la licitación del "*contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos y limpieza viaria*" tramitada por el Excmo. Ayuntamiento de Cheste (Valencia) con nº de expediente 1100/2017, el Tribunal , en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** Con fecha de 9 de noviembre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por parte del Excmo. Ayuntamiento de Cheste, del contrato de gestión de servicio público de recogida de residuos y limpieza viaria (nº de expediente 1100/2017).

Sendos anuncios fueron publicados igualmente en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia los días 14 y 27 de noviembre de 2017.

**Segundo.** El valor estimado del contrato asciende a 2.218.405'20 €, con una duración inicial de cuatro años, susceptible de hasta dos prórrogas anuales.

**Tercero.** El plazo de presentación de ofertas concluía el 18 de diciembre de 2017.



**Cuarto.** El objeto del contrato queda definido en el artículo 1 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares en los términos siguientes:

*«Artículo 1. OBJETO DEL CONTRATO.*

*El Ayuntamiento de Cheste ha decidido llevar a cabo la gestión conjunta de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, dado que, al tratarse de actividades relacionadas, su gestión unificada supondrá una importante mejora en la eficacia y eficiencia en la prestación de los mismos.*

*Atendiendo a lo anterior, en el presente pliego se regulan las condiciones técnicas que regirán la licitación del contrato de gestión de los servicios públicos de titularidad y competencia municipal que seguidamente se detallan:*

*·Recogida y, transporte de residuos sólidos urbanos, excluyendo los costes del tratamiento de los residuos que serán pagados directamente por el Ayuntamiento.*

*·Limpieza viaria.*

*La gestión de los Servicios anteriormente señalados se llevará a cabo conforme a las especificaciones establecidas en el presente Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), en el Anteproyecto del Servicio en los que se detallan los factores de todo orden a tener en cuenta y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).*

*La gestión de los citados servicios se desarrollará en base a un sistema de objetivos de calidad cuyo grado de cumplimiento se mide en función de una serie de indicadores que se definen en el PPT. El nivel de calidad alcanzado en la conservación de los diferentes objetos recogidos en el contrato se valorará mensualmente a través de dichos indicadores, repercutiendo en el importe de las certificaciones mensuales a abonar al contratista las penalizaciones a que hubiera lugar como consecuencia del incumplimiento por parte del concesionario de los objetivos de calidad establecidos. Dicho sistema se pondrá en funcionamiento al inicio del contrato, si bien durante los primeros seis meses no se impondrán penalizaciones al concesionario, utilizando dicho periodo para ajustar los objetivos a la realidad del servicio en los términos establecidos en el PPT.*

*A los efectos de codificación, el objeto del contrato se corresponde con el código 81.29 “Otros servicios de limpieza” y 38.1 “Residuos; servicios de recogida de residuos” de acuerdo con el Reglamento (CE) N. 451/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades (CPA) y de conformidad con el Reglamento (CE) N. 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) N. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) con los códigos que se indican a continuación:*

*.90511300-5 Servicios de recogida de basuras.*

*.90611000-6 Servicios de limpieza y barrido de calles.*

## **Artículo 2. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO Y RÉGIMEN JURÍDICO**

*El presente contrato tiene carácter administrativo. Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas.*

*Para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá 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 (en adelante, TRLCSP); por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público (RPCSP); por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre (RGLCAP), así como por la demás normativa de aplicación. Supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.*

*La naturaleza de la relación que vinculará al adjudicatario con el Ayuntamiento será la derivada de un contrato de servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 301 y siguientes del TRLCSP.*

*El pliego de cláusulas administrativas particulares, el de prescripciones técnicas, así como la proposición ofertada, revestirán carácter contractual y formarán parte integrante del contrato que se suscriba.*

*El desconocimiento del contrato en cualquiera de sus términos, de los pliegos, de los documentos anejos que forman parte del mismo, o de las instrucciones o normas de toda índole promulgadas por la Administración que puedan tener aplicación en la ejecución de lo pactado, no eximirá al adjudicatario de la obligación de su cumplimiento».*

**Quinto.** El referido Pliego de Condiciones se ocupa de la ejecución del contrato y de su modificación en los términos siguientes:

*«Artículo 4. RIESGO Y VENTURA.*

*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215 del TRLCSP.*

*Se establece como riesgo y ventura del contrato, asumido por el licitador que resulte adjudicatario del contrato, las variaciones respecto a las condiciones iniciales de la prestación, que se señalan a continuación:*

*·Incremento/reducción interanual de hasta un 10% de la cantidad de residuos recogidos por la empresa adjudicataria.*

*·Incremento/reducción interanual de hasta un 5% de la superficie afectada por el servicio de limpieza viaria.*

*·Cambio de ubicación del punto de entrega de los residuos a una distancia superior a 40 kilómetros de su localización actual.*

*En caso de que las condiciones iniciales del Servicio se alteren por encima de los porcentajes anteriormente señalados, procederá la modificación del contrato en los términos fijados en el artículo siguiente.*

**Artículo 5. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.**

*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente.*

*Se establecen como supuestos de modificación del contrato expresamente previstos en el pliego los que a continuación se señalan:*

*·Incremento/reducción superior a un 10% e inferior a un 20% de la cantidad de residuos recogidos por la empresa adjudicataria.*

*Incremento/reducción superior a un 5% e inferior a un 10% de la superficie afectada por el servicio de limpieza viaria.*

*·Cambio de ubicación del punto de vertido de los residuos entre 40 y 100 kilómetros de su localización actual.*

*Se establece como límite de las modificaciones que puedan acordarse con arreglo a los supuestos anteriormente establecidos, que las mismas puedan afectar como máximo a un 10% del precio primitivo del contrato.*

*Los licitadores se comprometen a aceptar que en caso de que se produzca alguna de las circunstancias descritas en el presente artículo la modificación a la que haya lugar se considerará como modificación prevista en la documentación que rige la licitación, todo ello a los efectos de lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP.*

*Las modificaciones de contrato deberán ser aprobadas por el órgano de contratación del presente contrato, contando con un periodo de audiencia al contratista e informe previo justificativo de los Servicios Técnicos Municipales en el que quede justificada la adecuación de la modificación que se pretende llevar a cabo, así como que la misma no resulta posible sin aumento de los recursos humanos y materiales existentes en cada momento.*

*En lo concerniente al régimen aplicable a dichas modificaciones se estará a lo dispuesto en los artículos 105 a 108, y 306 del TRLCSP».*

**Sexto.** El ámbito territorial de ejecución del contrato queda definido en los artículos 3 y 14 del Pliego de Prescripciones Técnicas particulares en los términos siguientes:

## *«CAPÍTULO II. SERVICIO DE RECOGIDA Y TRANSPORTE DE RESIDUOS URBANOS*

### *SECCIÓN I. DEFINICIÓN DEL SERVICIO*

#### *Artículo 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN*

*El servicio de recogida de residuos se desarrollará en todo el término municipal. En el Anexo VII al presente pliego se incluye un listado indicativo con el conjunto de núcleos a los que se presta dicho servicio.*

*Los residuos objeto del presente pliego son los residuos urbanos o domésticos así definidos en el artículo 4 apartado e de la Ley 10/2000, de 12 de diciembre, de Residuos de la Comunidad Valenciana y en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, así como en aquella normativa que la sustituya.*

*Se excluye del objeto del contrato la recogida de determinados residuos, que vienen llevando a cabo empresas o asociaciones en virtud de diferentes acuerdos con el Ayuntamiento. En concreto, se excluye del objeto del contrato la recogida selectiva de los residuos depositados en los siguientes contenedores:*

*·Contenedores de fracción vidrio.*

*Contenedores de fracción envases ligeros.*

*Contenedor de fracción papel y cartón.*

*Contenedores de ropa usada.”*

## *«CAPÍTULO III. SERVICIO DE LIMPIEZA VIARIA*

### *SECCIÓN I. DEFINICIÓN DEL SERVICIO*

#### *Artículo 14. ÁMBITO DE APLICACIÓN*

*El ámbito de aplicación del servicio de limpieza está compuesto por la totalidad del término municipal de Cheste. En concreto, se prestará servicio de limpieza viaria a la red viaria municipal, zonas de aparcamiento y áreas peatonales: aceras, calzadas, paseos, avenidas, bulevares, travesías, plazas, escaleras, pasos de uso público, áreas deportivas en las vías públicas, rotondas, medianas, isletas de tráfico pavimentadas, aparcamientos públicos en superficie y demás espacios de uso público, en definitiva, todo pavimento duro presente en la ciudad, independientemente del material por el que esté compuesto».*

**Séptimo.** El capítulo IV del Pliego de Prescripciones Técnicas, intitulado “**Recursos adscritos al servicio**”, aborda en tres secciones los recursos humanos, los recursos materiales y las instalaciones que deberán dedicarse a la ejecución del contrato. En lo que a estas se refiere, se puede leer:

### **«SECCIÓN III. INSTALACIONES**

#### **Artículo 26. INSTALACIONES DEL SERVICIO**

*Los licitadores quedarán facultados para elegir y proponer el conjunto de las instalaciones fijas que mejor se adapten a sus sistemas de trabajo y a su organización interna, con la única condición de que éstas deben situarse en el término municipal.*

*Todos los gastos de establecimiento, equipamiento, alquiler y traspaso, y también los de funcionamiento, conservación y limpieza de las instalaciones, correrán por cuenta del contratista.*

*El contratista vendrá obligado a destinar todos los locales única y exclusivamente a las actividades propias del contrato y quedará obligado a mantenerlos en buen estado en el plazo de duración del contrato ».*

**Octavo.** El precio del contrato aparece contemplado en el artículo 8 del Pliego de condiciones particulares, que reza así:

#### **«Artículo 8. PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO.**

*El precio del contrato se abonará por el Ayuntamiento con una periodicidad mensual, contra la factura presentada por el adjudicatario y previa comprobación del servicio correspondiente.*

*Dicha factura deberá reflejar dos conceptos diferenciados: el coste del servicio de limpieza viaria y el coste del servicio de recogida de residuos urbanos. El primero de ellos se corresponderá con la doceava parte del precio total del servicio de limpieza viaria, mientras que el segundo se calculará a partir del número de toneladas de residuos recogidas multiplicado por el precio ofertado por el contratista en su oferta.*

*La justificación de toneladas recogidas en el periodo contemplado en cada factura deberá realizarse mediante la documentación de registro de entrada de los vertederos o gestores autorizados».*

Por su parte, a la proposición económica se refiere el artículo 22, en el que se lee:

*«Artículo 22. EL SOBRE C. PROPOSICIÓN ECONÓMICA*

*El sobre C se titula “Proposición económica” e incluirá la proposición económica del licitador, redactada conforme al modelo fijado en el anexo número dos.*

*Junto con la proposición económica, los licitadores deberán aportar un estudio económico detallado de los gastos anuales del servicio, identificando, al menos, las siguientes partidas:*

- Costes de personal.*
- Costes de uso de maquinaria y vehículos.*
- Costes de herramientas para la ejecución del contrato.*
- Costes de materiales y suministros.*
- Gastos generales.*

*Beneficio industrial.*

*Los licitadores deberán presentar los presupuestos desglosados también a través de precios unitarios o por horas, que contemplen tanto los trabajos programados en la oferta como los posibles trabajos adicionales que puedan desarrollarse durante la vida del contrato, de acuerdo a lo establecido en el PPTP, de tal forma que, en caso de modificaciones del contrato o encargo de tareas adicionales, se pueda ampliar o reducir los servicios de acuerdo con los precios unitarios ofertados.*

*Dicho presupuesto detallado deberá ser presentado tanto en soporte papel como en soporte informático para su tratamiento. En caso de discrepancia de datos entre los dos soportes aportados, prevalecerá lo establecido en la documentación presentada en soporte informático.*

*Por último, junto con la oferta económica se incluirá la valoración económica de las mejoras propuestas con cargo al contrato, a los meros efectos de disponer de una referencia para su eventual modificación o sustitución en caso de que no fuese posible su ejecución material por razones de cualquier índole.*

*Se considerará que una oferta económica contiene valores anormales cuando la presentada en el documento del modelo de proposición económica no concuerde con el que se desprenda del presupuesto detallado aportado en este sobre, debiendo en este caso procederse de acuerdo con lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP».*

En cuanto al Anexo II, es del siguiente tenor:

#### **«ANEXO II. MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA**

*Don/Doña \_\_\_\_\_ con residencia en \_\_\_\_\_, provincia de \_\_\_\_\_, calle \_\_\_\_\_, núm \_\_\_\_\_, con NIF (o documento que lo sustituya legalmente) \_\_\_\_\_, expedido en \_\_\_\_\_ por (sí mismo, o en representación de \_\_\_\_\_) según acredita documentalmente, enterado de los pliegos de condiciones que rigen la licitación del contrato de prestación del servicio de recogida y transporte de residuos urbanos del término municipal de Cheste, acepta íntegramente su contenido y se compromete a su ejecución con sujeción estricta a lo indicado en los mismos con las siguientes condiciones:*

·La ejecución del servicio de limpieza viaria urbanos se realizará por un importe de \_\_\_\_\_ euros, IVA no incluido (en letra y en número), que asciende a \_\_\_\_\_ euros (en letra y en número), lo que totaliza un precio total de \_\_\_\_\_ euros IVA incluido (en letra y en número).

·La ejecución del servicio de recogida de residuos urbanos se realizará por un importe de \_\_\_\_\_ euros, IVA no incluido (en letra y en número), que asciende a \_\_\_\_\_ euros (en letra y en número), lo que totaliza un precio total de \_\_\_\_\_ euros IVA incluido (en letra y en número).

Asimismo, se obliga al cumplimiento de lo legislado en materia laboral, tributaria y demás normas aplicables a la prestación de Servicios Públicos».

**Noveno.** El Pliego de Prescripciones Técnicas contiene un Anexo I, denominado “Datos acerca de la recogida de residuos”, donde se refieren las siguientes magnitudes relativas al año 2016:

| Fracción        | Cantidad             |
|-----------------|----------------------|
| RSU – Resto     | 3.366.320 Kg         |
| Envases ligeros | 62.320 Kg            |
| Papel – Cartón  | 80.760 Kg            |
| Enseres         | 1.080 m <sup>3</sup> |

**Décimo.** Por otro lado, en el artículo 13 del Pliego de prescripciones técnicas, ubicado en el Capítulo II (“Servicio de Recogida y transporte de residuos urbanos”), Sección I –en realidad única- (“Definición del servicio”), se dispone:

«Artículo 13.SERVICIOS EXCEPCIONALES

*Los licitadores deberán contemplar la necesidad de atender servicios excepcionales, adicionales a los programados en su oferta de gestión de servicio.*

*Se denomina servicios excepcionales a aquellos servicios que por sus características o tipología no puedan ser previstos de antemano y deban ser ejecutados de manera inmediata para evitar la aparición de situaciones peligrosas para la ciudadanía o para minimizar riesgos existentes.*

*A los efectos de la ejecución de los servicios excepcionales, los licitadores deberán contemplar en su oferta un responsable del servicio y un medio de comunicación lo suficientemente ágil para poder atender y gestionar las situaciones que puedan ocurrir a lo largo de la vida del contrato.*

*Estos servicios se ejecutarán con cargo al presupuesto ofertado por el licitador en su oferta económica».*

**Undécimo.** También se refieren a los servicios excepcionales los artículos 15, 19 y 27 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Los dos primeros artículos, ubicados en el Capítulo III ("Servicio de limpieza viaria"), previenen:

#### *«SECCIÓN I. DEFINICIÓN DEL SERVICIO*

*[...]*

#### *Artículo 15.ALCANCE DEL SERVICIO*

*El alcance del servicio de recogida de limpieza pública urbana se clasificará en tres grupos:*

- Servicios permanentes de limpieza.*
- Servicios especiales de limpieza.*
- Servicios excepcionales de limpieza.*

*El primer grupo los integran aquellos que se prestan de forma diaria o periódica, con las características y en los ámbitos que se detallan a continuación. Dentro de este grupo, se incluyen tareas como los barridos mecánicos o manuales programados.*

*Los servicios especiales son aquellos programados puntualmente y debido a eventos o actos llevados a cabo en la vía pública como son los mercados o las fiestas populares.*

*Por último, los servicios excepcionales contemplan aquellos servicios que no se pueden programar previamente, como pueden ser las limpiezas debidas a inclemencias meteorológicas o actuaciones en casos de emergencia y situaciones como accidentes y derrames, o cualquier otra que pueda afectar a la salud o seguridad ciudadana.*

## **SECCIÓN II. PRESTACIÓN DEL SERVICIO**

*[...]*

### **Artículo 19.SERVICIOS EXCEPCIONALES**

*Las empresas licitadoras incluirán en el Proyecto de Gestión del servicio, con el mayor nivel de detalle posible, el equipo de trabajo y medios destinados a la atención de los servicios excepcionales.”*

En tanto que, a decir del artículo 27, enmarcado en el Capítulo V (“Proyecto de Gestión del Servicio”),

### **Artículo 27.PRESENTACIÓN Y CONTENIDO DE LA OFERTA TÉCNICA**

*Las empresas licitadoras presentarán un Proyecto de Gestión del Servicio de acuerdo a lo indicado en los artículos de este pliego. La oferta técnica comprenderá un estudio detallado de los servicios objeto de la licitación, contemplando al menos los siguientes contenidos:*

*[...]*

*·Medios humanos para la atención de servicios excepcionales (retén). [...]]».*

**Duodécimo.** Finalmente, el artículo 38 del Pliego de Condiciones Particulares, ubicado en la Sección II (“Sobre el personal”) del Capítulo IV (“Sobre el funcionamiento del servicio”), previene:

*«El contratista se subrogará en los derechos y obligaciones laborales relativas al personal adscrito al servicio, en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y resto de normativa aplicable.*

*Asimismo, el contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de legislación laboral, de Seguridad Social y de Seguridad e Higiene en el Trabajo de todo el personal adscrito al servicio. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del contratista no implicará responsabilidad alguna para la Administración.*

*En el anexo correspondiente del PPTP se incluye la relación del personal que actualmente se encuentra adscrito a los servicios que se desarrollarán por el contratista y que debe ser objeto de subrogación por parte del adjudicatario, estableciéndose como obligación para el contratista el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la actualidad.*

*No obstante lo anterior, el contratista responderá de cualquier indemnización a que hubiere lugar derivada de la continuidad o no continuidad del personal que actualmente trabaja en los servicios que se desarrollarán inicialmente o en los que se vayan desarrollando en el futuro. En cualquier caso, en caso de despido de alguna de las personas que actualmente se encuentran adscritas al servicio, el contratista deberá previamente comunicarlo al Ayuntamiento, indicando las causas del despido. A este respecto, se establece como infracción muy grave del contrato la sustitución de más de un 10% de la plantilla del personal por otro personal de categoría inferior o que no tenga como finalidad un mejor funcionamiento del servicio.*

*Cualquier contratación o acto en materia de personal realizado por el contratista durante el plazo de duración del contrato, y que pueda tener incidencia después de su terminación, será sometida previamente a la aceptación expresa y escrita del Ayuntamiento. En caso contrario, al término de la duración del contrato serán de cuenta del contratista las indemnizaciones o compensaciones que, por cualquier motivo, pudieran proceder al no ser asumido el personal por la Corporación o por el nuevo adjudicatario de los servicios.*

*El contratista estará obligado al pago de las obligaciones derivadas de la contratación de los trabajadores y al cumplimiento escrupuloso de todas las prescripciones legales y reglamentarias en materia de personal, derechos pasivos, seguridad social y cualesquiera otras vigentes en materia laboral. A este respecto, se considerará infracción de una obligación esencial del contrato el incumplimiento del adjudicatario de pago de las nóminas a los trabajadores, el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social y de las retenciones a Hacienda».*

Siendo así que el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas, bajo la rúbrica “*Personal adscrito actualmente al servicio: a subrogar*” se contienen los siguientes datos:

| CATEGORÍA | ANTIGÜEDAD | JORNADA | CONTRATO |
|-----------|------------|---------|----------|
| CONDUCTOR | 1998-10-01 | 20%     | 401      |
| CONDUCTOR | 1999-03-12 | 50%     | 401      |
| PEÓN      | 2006-03-12 | 100%    | 100      |
| CONDUCTOR | 2010-11-07 | 100%    | 189      |
| PEÓN      | 2008-04-01 | 100%    | 189      |
| PEÓN      | 2016-07-11 | 100%    | 402      |
| PEÓN      | 2006-02-21 | 20%     | 100      |
| CONDUCTOR | 2009-11-21 | 50%     | 189      |

**Decimotercero.** El 4 de diciembre de 2017 se publicó en el Perfil del contratante del Excmo. Ayuntamiento de Cheste un documento denominado “Resolución de dudas y consultas sobre los pliegos realizada por licitadores interesados”, en el que, entre otros extremos, se lee [datos personales omitidos]:

«SALARIOS PERSONAL A SUBROGAR CONTRATACIÓN SERVICIO DE RECOGIDA DE R.S.U. Y LIMPIEZA VIARIA AYUNTAMIENTO DE CHESTE

| NOMBRE | APELLIDOS | PPARTI | CLVCON | PROFES    | COSTE EMPRESA |
|--------|-----------|--------|--------|-----------|---------------|
| XXX    | XXX       | 20     | 401    | CONDUCTOR | 25.019,24     |
| XXX    | XXX       | 50     | 401    | CONDUCTOR | 34.078,20     |
| XXX    | XXX       | 100    | 100    | PEÓN      | 15.183,85     |
| XXX    | XXX       | 100    | 189    | CONDUCTOR | 22.620,45     |
| XXX    | XXX       | 100    | 189    | PEÓN      | 19.769,59     |
| XXX    | XXX       | 100    | 402    | PEÓN      | 13.508,60     |
| XXX    | XXX       | 20     | 100    | PEÓN      | 14.799,72     |
| XXX    | XXX       | 50     | 189    | CONDUCTOR | 29.453,36     |

[...]

*Cuestiones planteadas por VARESER*

*Acerca del personal a subrogar.*

*Los salarios deberán ser calculados de acuerdo al convenio de aplicación. Esta información puede ser consultada a la empresa que actualmente presta el servicio.*

[...]

*Acerca de la oferta económica por el servicio de recogida de residuos y el establecimiento del precio por tonelada.*

*La oferta económica por la prestación del servicio de recogida de residuos debe realizarse en función del coste total del servicio.*

*El establecimiento del precio de recogida por tonelada se establecerá en el momento de formalización del contrato, a partir del precio del servicio ofertado y los datos de producción de residuos expuestos en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas.*

*No existe un importe máximo o mínimo a pagar por el servicio de recogida de residuos, puesto que dicho importe será calculado mes a mes de acuerdo con las toneladas efectivamente recogidas y el precio unitario establecido.*

*[...]*

*Cuestiones planteadas por FCC*

*Acerca de la oferta económica por el servicio de recogida de residuos y el establecimiento del precio por tonelada.*

*La oferta económica por la prestación del servicio de recogida de residuos debe realizarse en función del coste total del servicio.*

*El establecimiento del precio de recogida por tonelada se establecerá en el momento de formalización del contrato, a partir del precio del servicio ofertado y los datos de producción de residuos expuestos en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas.*

*[...]*

*Acerca de los salarios del personal a subrogar.*

*Los salarios deberán ser calculados de acuerdo al convenio de aplicación. Esta información puede ser consultada a la empresa que actualmente presta el servicio.*

*[...]*

*Cuestiones planteadas por SAV*

*Acerca de la oferta económica por el servicio de recogida de residuos y el establecimiento del precio por tonelada.*

*La oferta económica por la prestación del servicio de recogida de residuos debe realizarse en función del coste total del servicio.*

*El establecimiento del precio de recogida por tonelada se realizará en el momento de formalización del contrato, a partir del precio del servicio ofertado y los datos de producción de residuos expuestos en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas.*

*Cuestiones planteadas por ONET*

*Acerca de los salarios del personal a subrogar.*

*Los salarios deberán ser calculados de acuerdo al convenio de aplicación. Esta información puede ser consultada a la empresa que actualmente presta el servicio».*

**Decimocuarto.** Con fecha de 30 de noviembre de 2017, tuvo entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación frente a los Pliegos rectores de la licitación del contrato al que nos venimos refiriendo, formulado en nombre de la mercantil “SOCIEDAD ANÓNIMA AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA”.

No consta la presentación de anuncio previo a dicho recurso.

**Decimoquinto.** A día 7 de diciembre de 2017, no constaba la presentación de ninguna oferta a la licitación referida.

**Decimosexto.** El expediente tuvo entrada en este Tribunal el día 12 de diciembre de 2017.

**Decimoséptimo.** El 12 de enero de 2018, la Sra. Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, defiriendo su levantamiento a la resolución del recurso especial interpuesto.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Este Tribunal es competente para resolver los recursos acumulados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, citado como TRLCSP), 10 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal

Administrativo Central de Recursos Contractuales (aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; en adelante, RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto el 4 de octubre de 2012 entre la Administración General del Estado y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013 (BOE de 17 de abril de 2013), prorrogado por acuerdo entre ambas de 25 de febrero de 2016 (BOE de 21 de marzo de 2016).

**Segundo.** La determinación de la admisibilidad del recurso exige la previa calificación de la naturaleza del contrato en cuestión, extremo este respecto del que el Pliego de condiciones muestra una postura confusa, desde el momento en que, por un lado, y según se ha transcrito en el cuarto de los antecedentes fácticos de la presente Resolución, lo denomina contrato de gestión de servicios públicos (cfr.: artículo 1, párrafo segundo) y, por otro, establece que *“la naturaleza de la relación que vinculará al adjudicatario con el Ayuntamiento será la derivada de un contrato de servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 301 y siguientes del TRLCSP”* (cfr.: artículo 2, párrafo cuarto), aunque, en fin, no faltan menciones al *“concesionario”* del servicio (cfr.: artículo 1, párrafo cuarto).

Al así proceder, el Excmo. Ayuntamiento obvia que, en el TRLCSP, el contrato de servicios es distinto del de gestión de servicios públicos, cada uno con su regulación específica, sin que puedan ambos ser asimilados, por más que las prestaciones de uno y de otro puedan ser similares y no siempre sea fácil delimitarlos.

Hecha la advertencia anterior, en el caso que nos atañe, dado el sistema de abono del precio (cfr.: antecedente de hecho octavo), con una parte fija –la de la limpieza viaria- y otra variable, dependiente del resultado de la explotación del servicio –la de recogida de residuos- cabría pensar que el contratista asume un cierto riesgo operacional, lo que podría permitir calificarlo como un contrato mixto, en el que se integrarían prestaciones propias del de servicios y de la concesión de servicios públicos. Tal tesis, empero, ha de ser rechazada, pues nada en el expediente permite fundar la existencia de un riesgo significativo o que se dé un peligro real de que el empresario no vaya a recuperar las inversiones realizadas o cubrir los costes que haya contraído para explotar el servicio, criterios que son los que emplea el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE para delimitar el contrato de concesión.

Añádase a ello que, incluso de admitir que estamos en presencia de un contrato mixto, el régimen jurídico de su adjudicación seguiría siendo el del contrato de servicios siempre que el valor estimado de la prestación propia de este quedara comprendida en el umbral de la Directiva 2014/24/UE (cfr.: artículos 20.4 de la Directiva 2014/23/UE y 3.4 de la Directiva 2014/24/UE), cifra que parece claro que se rebasaría en el caso que nos concierne visto el valor total del mismo excede de dos millones de euros (cfr.: antecedente de hecho segundo).

A juicio de este Tribunal, pues, y a los efectos de pronunciarnos sobre nuestra competencia, debemos entender que estamos en presencia de un contrato de servicios, cuyos pliegos rectores, por exceder el valor estimado del umbral de 209.000 € establecido en los artículos 16.1.b) TRLCSP y 4 c) de la Directiva 2014/24/UE (en la redacción dada a este último por el Reglamento Delegado 2015/2170), y estar sujeto así a regulación armonizada, son susceptibles de recurso especial de conformidad con el artículo 40, apartados 1 a) 2 a), TRLCSP.

**Tercero.** El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 44.2 TRLCSP, y aunque no consta en el expediente el anuncio previsto en el artículo 44.1 TRLCSP, es doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que ello no supone sino una irregularidad no invalidante que no impide resolver el fondo del asunto (cfr.: Resoluciones 7/2011, 265/2011, 282/2011, 91/2012, 230/2012, 28/2013, 250/2013, 579/2013, 587/2013, 192/2014, 745/2014, 906/2014, entre otras muchas).

**Cuarto. A)** Cuestiona el órgano de contratación la legitimación de la recurrente para interponer el recurso, aduciendo, en síntesis, que ni ha participado en la licitación ni los motivos por ella esgrimidos evidencian la concurrencia de un perjuicio derivado de los Pliegos.

**B)** Ciertamente, el TRLCSP no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente (cfr.: artículo 42 TRLCSP), derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 –

confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014- y 37/2015, entre otras).

Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, que la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 (Roj STS 10238/2001) afirmó:

*« [...] la postura de la parte en cuestión no era la de un "francotirador" que interviene a destiempo en una contienda que no le ha afectado y a la que no ha atendido -supuestos a los que se refieren las sentencias de esta Sala que de contrario se citan, y tantas otras-, impugnando, por ejemplo, pliegos de un concurso en el que no ha participado, casos en los que carecería de legitimación activa, sino la de alguien que ha patentizado un interés en lo que pretende, lo que sí genera en su favor dicha legitimación que, por consiguiente, ha de ser aceptada por esta Sala».*

Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee:

*«Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna*

*unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.*

*Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas».*

Con mucha generosidad, incluso, la misma Sala III ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido, y así, en sentencia de 29 de junio de 2006 (Roj STS 4550/2006), afirmó:

*«Entiende la Sección que, a más de que la alegación del recurrente sea cierta, no debe mantenerse en términos tan estrictos la falta de legitimación por inexistencia de interés personal. Según se desprende de los autos el demandante es militar de profesión, y por tanto podría eventualmente optar a la adjudicación de una vivienda militar, no siéndole indiferente cual sea el procedimiento de adjudicación por concurso o por subasta. Por ello, aunque no exista un interés personal presente y real no puede descartarse la posibilidad de que el actor tuviera interés en optar a la adjudicación de viviendas, por ejemplo si se hubiera convocado en otras condiciones».*

Consideraciones que, aún relativas a la adjudicación de una vivienda sometida a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, son extrapolables “*mutatis mutandis*” a un procedimiento de licitación de contratos públicos.

**C)** Estos postulados están firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles “*como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato*”, expresión esta que se refiere “*a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo*”

(cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C-129/04-).

Sin embargo, y como acaece en nuestro Derecho interno, dicho principio admite excepciones, y así, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló:

*«27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.*

*28 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate».*

**D)** Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar si, efectivamente, cabe reconocer a “AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA, S.A.” un interés legítimo para impugnar el Pliego rector de una licitación en la que no ha tomado parte. A nuestro juicio, se impone una respuesta afirmativa.

Se trata de una compañía mercantil clasificada, entre otros, en el subgrupo 5 del grupo R (“Recogida y transporte de residuos”) y en el subgrupo 1 del Grupo U (“Servicios de limpieza”), en ámbitos coincidentes, pues, con el objeto del contrato que nos atañe y que impugna los pliegos por entender que adolecen de vicios relativos a la propia configuración de la licitación (vgr.: arraigo territorial, precio, equilibrio financiero e información sobre los

trabajadores con derecho a subrogación). Ciertamente, no se alega aquí que dicho elemento sea discriminatorio, que es el supuesto paradigmático en el que se reconoce la legitimación para impugnar un pliego a quien no ha presentado oferta, pero ya hemos visto que la Jurisprudencia la admitido en otros casos diferentes (como en el contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-, ya citada). Que la impugnación de cláusulas discriminatorias –o pretendidamente discriminatorias- atribuya legitimación no excluye que haya otros escenarios en los que igualmente se confiera esta, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de septiembre de 2004 (Roj STS 5810/2004):

*«SEGUNDO.- La tesis del motivo de casación, en su formulación rigorista, no puede ser compartida. Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación.*

*Pero, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJ , lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. O, dicho en otros términos, aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado.*

*En el caso que nos atañe, exigir la acreditación de que se hubiera participado en una licitación a quien, entre otros extremos, considera que los pliegos no proporcionan información suficiente sobre los trabajadores con derecho a subrogación o que no es posible saber cuál es el sistema de retribución del contratista se nos antoja una carga excesiva y desproporcionada, difícilmente conciliable con el principio “pro actione” ».*

Se impone, pues, un juicio favorable a la legitimación de la recurrente.

**Quinto.** Tal y como se ha avanzado, la recurrente se alza contra el contenido de los Pliegos de condiciones administrativas particulares y de prescripciones técnicas, impugnando diversos apartados de ellos, a saber, y siguiendo el orden por ella seguido:

a.- El artículo 26 del Pliego de Prescripciones Técnicas, al que achaca la infracción del principio de igualdad y de los artículos 117.2 TRLCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24/UE.

b.- El artículo 8 del Pliego de condiciones particulares, en relación con el Anexo II del mismo, que afirma infringen los artículos 87.2 y 302 TRLCSP.

c.- El artículo 13 del Pliego de prescripciones técnicas, que entiende vulnera igualmente el artículo 87 TRLCSP.

d.- El artículo 38 del Pliego de condiciones administrativas particulares, en relación con su anexo II, por incumplimiento, según la recurrente, de las exigencias del artículo 120 TRLCSP.

El órgano de contratación defiende por su parte la adecuación a Derecho de todas estas previsiones, con los argumentos a los que nos iremos refiriendo al abordar cada una de ellas.

**Sexto. A)** Según se ha indicado, la recurrente impugna el artículo 26 del Pliego de Prescripciones técnicas, que considera contrario al principio de igualdad y a lo dispuesto en el artículo 117.2 TRLCSP, en la medida en que, a su entender, obliga a los licitadores a disponer de instalaciones fijas en el municipio de Cheste, beneficiando injustificadamente a los empresarios que ya disponen de ellas.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene en su informe que el artículo 26 contiene una condición de ejecución del contrato, que, como tal, se exige solo al licitador seleccionado y que no puede reputarse contraria a Derecho al ser necesaria e idónea para garantizar la prestación del servicio.

**B)** Dados los términos en que se plantea el debate, es necesario en primer lugar aclarar el sentido de la exigencia contenida en el artículo 26 del Pliego de Prescripciones Técnicas

que, aun transcrito en el ordinal séptimo de los antecedentes de hecho, reiteramos ahora en aras a la claridad:

«Artículo 26. *INSTALACIONES DEL SERVICIO*

*Los licitadores quedarán facultados para elegir y proponer el conjunto de las instalaciones fijas que mejor se adapten a sus sistemas de trabajo y a su organización interna, con la única condición de que éstas deben situarse en el término municipal.*

*Todos los gastos de establecimiento, equipamiento, alquiler y traspaso, y también los de funcionamiento, conservación y limpieza de las instalaciones, correrán por cuenta del contratista.*

*El contratista vendrá obligado a destinar todos los locales única y exclusivamente a las actividades propias del contrato y quedará obligado a mantenerlos en buen estado en el plazo de duración del contrato».*

La estipulación comienza reconociendo a los licitadores la facultad de elegir las instalaciones que estimen idóneas para la prestación del servicio, si bien la sujeta a la condición de hallarse en el término municipal de Cheste. Dado que ni en la cláusula reseñada ni en ninguna otra se exige que los candidatos dispongan efectivamente de tales instalaciones –ni por título de dominio ni por otro distinto- en el momento de presentar su oferta, parece claro que lo único a lo que se obliga es que quien resulte adjudicatario deberá contar, desde el momento de dar comienzo a la ejecución del contrato, con las infraestructuras necesarias en el municipio. Dicho en otros términos, estamos en presencia de un compromiso de adscripción de medios al que se refiere el artículo 64.2 TRLCSP o, con mejor precisión, vista su inclusión en el Pliego de prescripciones técnicas, como una condición de ejecución del contrato (cfr.: Resolución 101/2013).

Ciertamente, como bien expone el órgano de contratación, mientras que el arraigo territorial no puede emplearse como condición de aptitud para contratar con el sector público ni como criterio de adjudicación (cfr.: Resoluciones 29/2011, 514/2013, 999/2016, 426/2017; Informe 9/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), no ocurre otro tanto cuando aquel se traduce en un compromiso de adscripción de medios materiales. Y ello porque en

esta última hipótesis habrá de realizarse un análisis casuístico a fin de determinar si la exigencia es o no respetuosa con el principio de proporcionalidad -esto es, si guarda relación con el objeto y el importe del contrato-, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública (cfr.: Resoluciones 101/2013, 526/2013, 438/2014, 553/2014, 644/2015, 359/2017).

**C)** En el caso que nos concierne, este Tribunal, en línea con lo afirmado en nuestra Resolución 60/2018, considera que la exigencia de que las instalaciones fijas del adjudicatario radiquen en el término municipal afectado no es desproporcionado ni compromete los principios rectores de la licitación pública.

Las razones esgrimidas por el órgano de contratación –que defiende su inclusión por ser necesaria para la correcta ejecución del contrato, aludiendo de modo particular a la escasa velocidad con las que se mueven los vehículos de limpieza- resultan convincentes. Por más que se valga de un tercero para su ejecución, el Ayuntamiento sigue siendo el responsable de los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos (cfr.: artículos 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y 34.a) de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunitat Valenciana), y es lógico que quiera asegurarse, más allá del compromiso del contratista, de que aquellos se prestarán adecuadamente, lo que implica, desde luego, que no existirán demoras derivadas del desplazamiento de las máquinas desde el lugar de su estacionamiento. Este último punto es especialmente relevante en el caso de aquellos servicios que exigen una rápida respuesta como los excepcionales a los que se refieren los artículos 13, 15 y 19 del pliego de prescripciones técnicas (cfr.: antecedentes de hecho décimo y undécimo).

Ciertamente, el órgano de contratación podría haber empleado a estos efectos otros criterios -como el de que las instalaciones estuvieran situadas en un radio determinado desde la zona de actuación-, pero ello, aunque sea cierto, no permite tachar como contrario a Derecho el elegido en el Pliego que venimos examinando. Y es que dejando a un lado la dificultad que entrañaría fijar esa distancia máxima, cuando menos tan razonable resulta una opción como la otra, y es indudable que ha de reconocérsele al órgano de contratación un amplio margen de libertad de elección a la hora de determinar la forma de asegurar la debida ejecución de la prestación.

De igual modo, no apreciamos restricción alguna a los principios de igualdad y libre concurrencia, desde el momento en que, como hemos dicho, lo único que exige el Pliego es que cuando comience la efectiva ejecución de los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos, el contratista cuente con instalaciones en el término municipal. Ni impone un título determinado (propiedad, arrendamiento, etc.), ni fija las características de aquellas, con lo que no es posible colegir que la previsión que estamos analizando cercene o dificulte la presentación de ofertas por parte de licitadores establecidos fuera del municipio.

Todo ello hace decaer el primero de los motivos esgrimidos.

**Séptimo. A)** Impugna asimismo la recurrente el artículo 8 del Pliego de condiciones particulares en relación con su Anexo II (cfr.: antecedentes de hecho octavo), por apreciar contradicción entre ambos en tanto que el primero establece para el servicio de recogida de residuos un sistema de precios unitarios (a razón de toneladas recogidas) mientras que en el modelo de proposición económica que se recoge en el segundo se prevé un sistema de precio alzado.

Por su parte, el órgano de contratación alega en su informe que el sentido de las previsiones contractuales reseñadas ha sido explicado en tres ocasiones (por correo electrónico, por el perfil de contratante y en una reunión) y que consiste en que la parte de recogida de residuos se determina por el sistema de precio unitario, que se obtendría a partir del importe consignado en la proposición dividido por el total de toneladas recogidas en el año 2016 que recoge el anexo I (cfr.: antecedente de hecho noveno).

Así las cosas, debemos comenzar señalando que, desde luego, es claro que el precio de un contrato de servicios puede fijarse mediante a tanto alzado o por unidades de ejecución, tal y como reconoce el artículo 302 TRLCSP o mediante una combinación de ambas fórmulas, que es lo que ocurre en el caso que nos atañe, en el que el precio del servicio de limpieza se rige por el primero de los sistemas y el de recogida de residuos por el segundo. Esto sentado, un pliego que incluyera estipulaciones contradictorias entre sí acerca de la determinación del precio en los términos que denuncia la recurrente –esto es, señalando al mismo tiempo una fórmula por unidades de tiempo o de media y otra por cantidad alzada– que no pudiera salvarse por vía interpretativa bien podría merecer la sanción de nulidad

pleno derecho conforme al artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que considera como tales a los *“actos de contenido imposible”*, calificativo que se predica, entre otros, de aquellos que presentan una contradicción interna o en sus términos (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 2 de febrero de 2017 –Roj STS 333/2017-, 3 de diciembre de 2008 –Roj STS 6772/2008-, 28 de marzo de 2006 –Roj STS 2079/2006-, 19 de mayo de 2000 –Roj STS 4079/2000-; Dictámenes del Consejo de Estado de 19 de enero de 2017 –expediente 984/2016-, 30 de enero de 2014 –expediente 982/2013-, 5 de mayo de 2011 –expediente 613/2011-, 4 de abril de 2002 –expediente 349/2002-, entre otros). En cualquier caso, no es esta una cuestión sobre la que nos hayamos de pronunciar hoy, visto lo que a continuación se expondrá.

**B)** En efecto, este Tribunal, examinados los Pliegos y demás documentos contractuales, no aprecia la contradicción que denuncia la recurrente, aunque, ciertamente, es imposible no reconocer que la redacción de aquellos podría haber sido más clara.

Ello es así desde el momento en que, establecido en el artículo 8 del Pliego de condiciones que el precio del servicio de recogida de residuos se obtendría a partir *“del número de toneladas de residuos recogidas multiplicado por el precio ofertado por el contratista en su oferta”*, estaba fuera de toda duda que aquel se determinaba mediante el sistema de precios unitarios o unidades de ejecución. Sentado lo anterior, lo lógico era pensar que el precio al que se refiere el modelo de proposición económica recogido en el Anexo II era un precio por tonelada, pero lo cierto es que este modelo, lejos de hacer esa advertencia, utilizaba la expresión *“precio total”*, creando una situación de incertidumbre entre las empresas interesadas en participar, que no podían saber qué importe debían consignar en su proposición. Con todo, la inserción en el Pliego de Prescripciones Técnicas de un Anexo I con los datos de residuos recogidos en el año 2016 (cfr.: antecedente de hecho noveno) podía inducir a pensar que lo que debía consignarse era una cifra global calculada a partir de tal información.

Si ningún trámite ulterior se hubiera realizado por parte del órgano de contratación, este Tribunal acaso habría tenido que declarar la nulidad de los apartados del Pliego a los que nos venimos refiriendo, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a

entender que la imprecisión y ambigüedad de un acto son equiparables al concepto de “acto de contenido imposible” (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 1981 –Roj STS 1186/1981-).

Sin embargo, no es esto lo que ocurrió en el caso que nos concierne, puesto que, más allá de las explicaciones que el órgano de contratación refiere haber dado de forma verbal y por correo electrónico –que no podemos dar por acreditadas dada la ausencia de constancia alguna en el expediente-, el órgano de contratación incluyó en el perfil del contratante, conforme al artículo 53 TRLCSP, una aclaración sobre tal extremo, al indicar, en respuesta a las preguntas formuladas por la recurrente y por otras dos empresas, lo siguiente (cfr.: antecedente de hecho decimotercero):

*«La oferta económica por la prestación del servicio de recogida de residuos debe realizarse en función del coste total del servicio.*

*El establecimiento del precio de recogida por tonelada se realizará en el momento de formalización del contrato, a partir del precio del servicio ofertado y los datos de producción de residuos expuestos en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas».*

Sin duda, lo ideal habría sido que los pliegos no suscitara equívoco alguno, pero del mismo modo que hemos sostenido (cfr., por todas, Resolución 365/2015) que el artículo 158.2 TRLCSP es el remedio al que ha de acudir en caso de insuficiencia de información en la documentación de la licitación, no podemos negar su virtualidad para disipar dudas como las planteadas en el pliego del contrato que ahora analizamos. Al hacer esta afirmación no desconocemos el criterio de la Jurisprudencia comunitaria, del que nos hicimos eco en nuestra Resolución 677/2016, que proscribió que esta información adicional pueda emplearse para modificar las condiciones esenciales de la licitación (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2012 –asunto C-368/10) o remediar defectos jurídicos sustanciales (cfr.: Conclusiones de la Abogado General de 15 de diciembre de 2011, en el asunto C-368/10), toda vez que, como se ha apuntado antes, una lectura detenida de los Pliegos abocaba a entender que, como aclaró ulteriormente el órgano de contratación, la cifra que debía consignarse en concepto de precio del servicio de recogida de residuos era una suma global calculada a partir del dato de los recogidos en el año 2016.

De esta suerte, una vez que el órgano de contratación aclaró los extremos relativos a la proposición económica con la antelación mínima establecida en el precepto establecido, no cabe apreciar vicio alguno que nos permita declarar la nulidad interesada.

El motivo, en consonancia, debe ser desestimado.

**Octavo. A)** La recurrente cuestiona igualmente la legalidad del artículo 13 del Pliego de Prescripciones técnicas (cfr.: antecedente de hecho décimo), relativo a los servicios excepcionales incluidos en la prestación de recogida de residuos, al que reprocha que vulnera el principio de equilibrio financiero, en la medida en que le obliga a asumir un cometido que es imposible de cuantificar y de prever, sin sujetarlo a límite alguno y con cargo al presupuesto ofertado.

El órgano de contratación, por su parte, además de remitirse a una reunión que se dice celebrada el 5 de diciembre de 2017 -de la que no queda constancia en el expediente y que, por ello, no podemos tener por cierta-, sostiene que esos servicios excepcionales responderán a situaciones de emergencia y por razones muy justificadas, concretándose en la necesidad de asegurar la disponibilidad total de un retén.

La queja no ha de prosperar, según se expone a continuación.

**B)** Por lo pronto, este Tribunal debe comenzar recordando que la estipulación impugnada se refiere al servicio de recogida de residuos, cuya retribución, según se ha indicado en el fundamento anterior, se hace a razón del número de toneladas recogidas de acuerdo con el precio formulado por el licitador, lo que minora cualquier riesgo de desequilibrio entre las partes contractuales. El reproche acaso podría tener más sentido “*a priori*” si lo que se cuestionara fuera el artículo 19 del Pliego de Prescripciones Técnicas (cfr.: antecedente de hecho undécimo), concerniente a los servicios excepcionales de limpieza viaria, concepto que se abona a tanto alzado, y sobre el que, sin embargo, nada se dice en el recurso.

No menos importante es que el concepto de “servicios excepcionales”, más allá del compromiso expresado por el órgano de contratación en su informe, aparezca delimitado en el artículo 13 como aquellos que “*por sus características o tipología no puedan ser previstos de antemano y deban ser ejecutados de manera inmediata para evitar la aparición de*

*situaciones peligrosas para la ciudadanía o para minimizar riesgos existentes*". Tres notas, pues, han de concurrir en los mismos: imprevisibilidad, necesidad inaplazable y peligro; son estos a los únicos a los que se compromete el adjudicatario, de modo que cualquier instrucción de la Administración que exceda de los mismos, sin perjuicio de que deba ser atendida inexcusablemente (cfr.: artículo 305 TRLCSP; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 13 de noviembre de 1978 –Roj STS 2516/1978- y Dictamen del Consejo de Estado de 12 de marzo de 1992 –expediente 201/1992-), podría reputarse un incumplimiento contractual que, aunque solo da lugar a la resolución del contrato en los casos establecidos en la ley, origina un deber de resarcir los daños ocasionados (cfr.: artículos 224.7 y 225.2 TRLCSP; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de octubre de 2004 –Roj STS 6246/2004-, Dictámenes del Consejo de Estado de 19 diciembre 1974 –expediente 39.266-, 26 de noviembre de 1982 –expediente 44.522-, 23 de julio de 2014 –expediente 464/2004-), además de, obviamente, tener que abonar los servicios prestados (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 25 de enero de 1990 –expediente 54371-).

Finalmente, frente a lo alegado por la recurrente, este Tribunal considera que los servicios excepcionales a los que nos venimos refiriendo sí que son computables a efectos de observar los límites del riesgo y ventura que asume el adjudicatario conforme al artículo 4 del Pliego de condiciones administrativas particulares (cfr.: antecedente de hecho quinto). Esta última cláusula se refiere de manera expresa a que el contratista ha de asumir un *"incremento/reducción interanual de hasta un 10% de la cantidad de residuos recogidos por la empresa adjudicataria"*, sin hacer salvedad alguna en punto a los de índole excepcional, y no encontrando en los documentos de la licitación previsión alguna que haga esta matización, el principio *"ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"* (aplicable también a la aplicación de los negocios jurídicos. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 29 de diciembre de 1981 –Roj STS 1599/1981-) nos lleva a concluir que el aludido límite del 10% no puede ser superado ni en concepto de servicios excepcionales. Si lo hiciera, habría de procederse a la modificación del contrato en los términos previstos en el artículo 5 del Pliego de condiciones administrativas particulares (cfr.: antecedente de hecho quinto), cuya tramitación no será obstáculo para que el contratista deba atender a esas necesidades inaplazables (cfr.: artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

A la vista de cuanto antecede, no se encuentra vicio en el artículo 13 del Pliego de Prescripciones Técnicas que se impugna por parte de la recurrente, ni hay en él algo distinto del principio de riesgo y ventura del contratista y que entraña que es este quien *“asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos derivados de la ejecución del contrato, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios, del “factum principis” o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual”* (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 1 de junio de 2000 –expediente 1264/2000-).

El motivo debe, por lo tanto, ser desestimado.

**Noveno.** Impugna por último la recurrente los Pliegos de la Licitación en tanto en cuanto imponen al adjudicatario el deber de subrogarse en las relaciones laborales que el contratista actual mantiene con determinados trabajadores (cfr.: artículo 38 del Pliego de condiciones administrativas particulares; antecedente de hecho duodécimo), sin proporcionar información suficiente sobre aquellas, infringiendo así –siempre según su discurso- el artículo 120 TRLCSP.

El órgano de contratación, por su parte, defiende que los datos proporcionados en el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas (cfr.: antecedente de hecho duodécimo) es suficiente para formular la oferta, añadiendo que, en todo caso, y a pesar de no ser necesaria, se proporcionó a la recurrente información adicional tanto de forma individual como a través del perfil del contratante (cfr.: antecedente de hecho decimotercero).

Como hemos dicho en otras ocasiones (cfr.: Resoluciones 906/2014, 88/2015, 272/2015) el sentido del artículo 120 TRLCSP no es atribuir al órgano de contratación la potestad de imponer al adjudicatario el deber de subrogarse en todas o algunas de las relaciones laborales del empresario saliente, sino tan solo la de exigirle que proporcione información sobre una obligación en tal sentido que venga impuesta por normas legales o convencionales. El propósito que persigue el artículo 120 TRLCSP es permitir que los interesados tengan conocimiento de todas las obligaciones que se derivan del contrato a fin de que puedan elaborar una oferta fundada (cfr.: Resoluciones 96/2015 y 576/2017),

finalidad a la que, debe añadirse, al amparo de la Directiva 2014/24/UE, la de asegurar el cumplimiento de las normas laborales (cfr.: Resoluciones 1031/2016 y 468/2017),

Sentado lo anterior, parece claro que indicar, como hace el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas, la categoría, la antigüedad, la jornada y tipo de contrato, sin especificar el importe de las retribuciones ni las cotizaciones sociales cuando no se proporciona el convenio aplicable es insuficiente para tales fines. Ciertamente, los licitadores siempre podrían intentar determinar el convenio aplicable y, a partir de él, hacer su propia estimación de cálculo, pero ello se nos antoja una caga desmesurada que les coloca en situación de franca desventaja respecto del empresario que actualmente presta los servicios, y que no debe ser consentida por el órgano de contratación. Una cosa es que no pueda exigirse que este venga obligado a determinar el convenio aplicable (como dijimos en nuestras Resoluciones 247/2015 y 30/2018) o que, facilitando este, no sea necesario indicar el importe de las retribuciones y cotizaciones (cfr.: Resoluciones 419/2013 y 388/2015), y otra bien distinta es que no se facilite ninguno de estos datos.

Dicho esto, sin embargo, una vez que el órgano de contratación publicó en el perfil del contratante los datos relativos al “coste para la empresa” de los trabajadores comprendidos en el deber de subrogación, este Tribunal debe rechazar las tesis de la recurrente, quien desde esa fecha, y con una antelación suficiente al vencimiento del plazo para presentar las proposiciones, contaba con los datos para elaborar y presentar la suya propia.

Se impone así la desestimación de este último motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.-** Desestimar el recurso interpuesto por D. J. A. C. O., en representación de la Sociedad Anónima “AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA, S.A.”, frente a los pliegos rectores de la licitación del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos y limpieza viaria tramitada

por el Excmo. Ayuntamiento de Cheste (Valencia) con nº de expediente 1100/2017.

**Segundo.** Levantar la medida provisional de suspensión adoptada con fecha de 12 de enero de 2018.

**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 Comunidad Valenciana en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.