



Recurso nº 341/2023 C.A. Cantabria 21/2023

Resolución nº 533/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 27 de abril de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.Y.A. en representación de COOPERATIVA MODA RE, S. Coop. de Iniciativa Social, contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Santander para contratar "*Servicio público municipal de recogida y transporte de residuos urbanos, limpieza viaria y otros servicios complementarios*", expediente 260/2022, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha de 22 de febrero de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la misma. El valor estimado del contrato es de 230.559.953 euros.

Segundo. En fecha de 15 de marzo de 2023, COOPERATIVA MODA RE, S. Coop. de Iniciativa Social interpone recurso especial en materia de contratación ante el presente Tribunal, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas particulares (en los sucesivo, PPT).

Tercero. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste. dictó resolución de 22 de marzo de 2023, acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo



cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente Tribunal es competente para conocer este recurso de acuerdo con el artículo 46.4 de la LCSP; el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3 de octubre de 2020).

Segundo. Se trata de un contrato susceptible de impugnarse a través del recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Igualmente, se trata de un acto recurrible al tratarse de la impugnación de los pliegos, con arreglo al artículo 44.2. a) LCSP.

Tercero. La interposición del recurso se ha realizado en el plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. El recurrente está legitimado para la interposición del presente recurso de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Como dijimos en la resolución 350/2023, de 16 de marzo de 2023, en un supuesto muy similar de legitimación al que ahora se plantea:

“sobre la legitimación de quien no presenta propuesta a la licitación, hemos afirmado, con carácter general, que no concurre entre quienes no hayan participado en el procedimiento, porque no puede resultar adjudicatarios del mismo, por lo que ninguna ventaja o beneficio podrá suponerles el ejercicio de su acción (Resolución 865/2020 de 31 de julio). Trasladado este criterio general a las impugnaciones de pliegos, lo hemos matizado entendiendo que



tienen interés legítimo en su impugnación quienes no puedan concurrir al procedimiento o hacerlo en condiciones de igualdad, debido al motivo o motivos que aleguen y siempre que vinculen a estos la imposibilidad de concurrir (Resoluciones 1166/2019 de 23 de octubre o 1805/2021 de 10 de diciembre).

Habiendo interpuesto el recurso una empresa interesada en participar en el proceso de licitación, y estando su participación precisamente condicionada y mediatizada por la anulación de las cláusulas de los pliegos que impugna, cuya modificación –en el sentido pretendido en el recurso interpuesto- permitiría a la recurrente participar en una licitación separada de la fracción textil; ha de aceptarse su legitimación, pues la resolución que se adopte afectará de manera directa a sus derechos e intereses legítimos al permitirle o no participar en la licitación para la que está interesada”.

Quinto. Sostiene la parte recurrente que en los pliegos que han de regir la presente licitación no se ha contemplado lo previsto en la reserva de la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 7/2022 y que la falta de contemplación de esta previsión no se ha motivado adecuadamente en el expediente.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que en el párrafo 1 de la hoja resumen del PCAP queda justificada la no división en lotes del objeto del contrato para su licitación.

Adicionalmente, el órgano recurrido sostiene que se incluye como obligación del contratista durante la ejecución del contrato la subcontratación de las prestaciones relacionadas, con la no inclusión de la reserva prevista en la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 7/2022.

Séptimo. A la vista de las alegaciones de las partes, proceder recordar lo que dispone la disposición adicional decimonovena de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos contaminados para una economía circular-en lo sucesivo Ley 7/2022- (los subrayados son nuestros):

“Disposición adicional decimonovena. Contratos reservados en la gestión de residuos textiles.



1. De conformidad con la disposición adicional cuarta de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en relación con las obligaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres, los contratos de las administraciones públicas serán licitados y adjudicados de manera preferente a través de contratos reservados.

2. Para dar cumplimiento a dicha obligación, al menos el 50% del importe de adjudicación deberá ser objeto de contratación reservada a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos. En caso contrario, la administración pública y el órgano de contratación deberán justificarlo debida y motivadamente en el expediente y podrá ser objeto de recurso especial o de los recursos establecidos en materia de contratación pública".

El órgano de contratación alega que en el expediente de contratación justificó debidamente la no creación de un lote independiente para la recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres, (cuestión que no se suscita como controvertida en el recurso) y para dar cumplimiento a la Ley 7/2022, estableció la siguiente prescripción en el apartado nº 20 de la "hoja-resumen" del PCAP, como condición especial de ejecución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 202 LCSP:

"20.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CARÁCTER SOCIAL, ÉTICO, MEDIOAMBIENTAL Y DE OTRO ORDEN.

Las medidas de gestión medioambiental, las de carácter social y las de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, se presentarán junto con la oferta técnica (ARCHIVO ELECTRÓNICO Nº 2) en documento independiente, para su comprobación:

(..)

Medidas de carácter social.

Con el fin de promover el empleo de las personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social, en condiciones de vulnerabilidad y de conformidad con lo dispuesto en el



RDL 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, se establecen como condiciones especiales de ejecución del contrato las siguientes:

-Respecto a la recogida de residuos textiles (contemplada en el apartado 2.1.5 del PPT): el centro de tratamiento designado para la gestión de este tipo de residuos será una empresa de Inserción o Centro Especial de Empleo de iniciativa social autorizado para el tratamiento de residuos (..).

A su vez, el apartado 2.1.5 del PPT, disponía:

"2.1.5 Recogida de Residuos textiles

Los Licitadores estarán obligados a implantar un servicio de recogida y transporte hasta el Centro de tratamiento designado, de los residuos textiles generados en el municipio para lo que se establecerán las rutas de recogida precisas y la frecuencia necesaria para asegurar altas tasas de recogida de este tipo de residuo.

(..)

El centro de tratamiento designado para la gestión de este tipo de residuos será una Empresas de Inserción o Centro Especial de Empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos".

De lo que se concluye que para el cumplimiento de lo ordenado en la Ley 7/2022 y en concreto su disposición adicional decimonovena, lo que ha impuesto en los pliegos el órgano de contratación es una subcontratación obligatoria a favor de una empresa de inserción o centro especial de empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos.

Pues bien, con arreglo a la vigente LCSP, no puede imponerse legalmente la subcontratación de todo o parte del contrato.



En efecto, es cierto que el art. 227 del derogado 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, establecía la posibilidad de imponer al contratista un determinado porcentaje de subcontratación:

“7. Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla”.

Pero esta posibilidad legal propia de otra concepción sobre la subcontratación, ha desaparecido en la LCSP, como se constata con la lectura del artículo 215, que atribuye al contratista la decisión de subcontratar (salvo supuestos muy tasados que allí se regulan) y suprime la facultad de que sea el órgano de contratación quien imponga la subcontratación:

“Artículo 215. Subcontratación.

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado”.



Por tanto, si no es ajustado a Derecho actualmente, con carácter general, imponer la subcontratación porque precisamente, lo que persigue la vigente LCSP es favorecer la misma, eliminando trabas (p.e. no división en lotes) a la subcontratación que puedan restringir la competencia, no es procedente legalmente, desde esa suerte de “derecho a la subcontratación” que tiene el contratista y la eliminación de límites a la misma, imponer con carácter obligatorio a un licitador la subcontratación de determinadas partes del contrato, aunque sea en aras de cumplir la Ley 7/2022.

Por tanto, este Tribunal ha de estimar el presente recurso por no haber sido debidamente justificada, de manera expresa e inequívoca, por parte del órgano de contratación, la no inclusión de la reserva prevista en la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 7/2022, ya que no cabe la obligación de subcontratación al adjudicatario al no estar prevista en la LCSP, con lo que esta previsión tendrá que ser también eliminada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. F.J.Y.A. en representación de COOPERATIVA MODA RE, S. Coop. de Iniciativa Social, contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Santander para contratar “*Servicio público municipal de recogida y transporte de residuos urbanos, limpieza viaria y otros servicios complementarios*”, expediente 260/2022, acordando la anulación de los mismos en el sentido expresado en el último párrafo del fundamento jurídico séptimo de esta resolución y disponiendo, asimismo, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de dichos pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 Cantabria, 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES