



Roj: **STSJ AR 1124/2014 - ECLI: ES:TSJAR:2014:1124**

Id Cendoj: **50297330012014100345**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2014**

Nº de Recurso: **812/2011**

Nº de Resolución: **422/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO Nº 812/2011

SENTENCIA: 00422/2014

SENTENCIA NÚMERO /422-14

En Zaragoza a 3 de septiembre de 2014, habiendo visto los presentes autos la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

Presidente.

D. Juan Carlos Zapata Híjar, ponente de esta resolución.

Magistrados.

D. Jesús María Arias Juana.

D. Juan José Carbonero Redondo

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Recurrente Residuos Aragón, S.L., representado por la Procuradora D^a. María Pilar García Fuente y defendido por el Letrado D. José Luis Blanco Ibáñez.

Demandado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Sociedad de Infraestructuras Rurales Aragonesas, SIRASA representada y defendida por el Letrado de los servicios jurídicos del Gobierno de Aragón, D. Juan Pérez Mas.

SEGUNDO: Actuación recurrida.

Resolución de 9 de noviembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que desestima el recurso especial interpuesto por la entidad recurrente contra el procedimiento de licitación denominado "Destrucción, transformación de cadáveres de animales y sus subproductos en harinas y grasas, el posterior transporte de las harinas y grasas obtenidas en la transformación y la eliminación de las harinas y grasas producidas mediante procedimientos autorizados", convocado por la Sociedad de Infraestructuras Rurales Aragonesas S.A. (SIRASA).

TERCERO: Procedimiento.

Interposición del recurso el 2 de diciembre de 2011.



Demanda el 13 de marzo de 2012.

Contestación a la demanda el 7 de mayo de 2012.

Se señaló para votación y fallo el día 17 de julio de 2014.

CUARTO: Cuantía.

Indeterminada.

QUINTO: Pretensiones de la parte recurrente.

1. Estimación de la demanda y Nulidad acto recurrido.
2. Imposición de costas a la Administración demandada.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

1) Se indica en demanda que el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento CE nº 1774/2002 por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano, Reglamento que ha sido desarrollado en Aragón por la Ley de Cortes 26/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas que en su art. 35 establece que: en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón las operaciones de recogida y transporte hasta la planta de transformación o de eliminación de los cadáveres de los animales de las explotaciones ganaderas no destinadas al consumo humano tiene el carácter de servicio público de titularidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Previsión desarrollada por Decreto 56/2005 de 29 de marzo del Gobierno de Aragón que aprueba el Reglamento del Servicio público de recogida y transporte de los cadáveres de animales de las explotaciones ganaderas, como subproductos animales no destinados a consumo humano y Decreto 57/2005 por el que se establecen normas sobre el proceso de eliminación de los cadáveres de animales de las explotaciones ganaderas como subproductos animales no destinados a consumo humano. Dado que según el art. 8 del Decreto 56/2005 el Gobierno de Aragón puede gestionar este servicio público por cualquier forma permitida en derecho, se encargó a SIRASA, creada por R.D. 198/2000 de 21 de noviembre, que ha ido convocando concursos para la gestión del transporte y recogida de estos subproductos animales.

2) Residuos de Aragón vuelve a reproducir los motivos de impugnación ya sostenidos en el recurso especial y que fueron desestimados por el Tribunal de Contratos. El primero es la falta de competencia de SIRASA para convocar un concurso sobre destrucción y transformación o eliminación de cadáveres, dado que la normativa sólo establece como servicio público la recogida y transporte. El Decreto 52/2005 sólo prevé la recogida y transporte hasta la planta autorizada, no siendo posible transformar en servicio público la transformación y eliminación.

3) En cuanto al contenido del pliego, el apartado 2.3 del Pliego de condiciones particulares habla de un precio único para la transformación de los productos provenientes de vehículos que realicen directamente la recogida y un céntimo inferior para los que procedan de centros de transferencia, pero no se especifica cuantos kilos pueden proceder de uno y otro a efectos de confeccionar la oferta. El apartado 2.2.23.2., establece una serie de descuentos que SIRASA puede aplicar si no se ejecuta el servicio en la fórmula establecida en la cláusula, con ello al no garantizar el suministro de toneladas aproximadas podría darse el caso de que alguna descarga el descuento fuese tan elevado que el contratista tenga que pagar dinero a SIRASA, en lugar de cobrar. Y en el apartado 4, la composición de la Mesa de Valoración vulnera las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, por que a la Mesa sólo puede pertenecer personal funcionario y no eventual (art. 295.3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre , de Contratos del Servicio Público -LCSP-).

SEXTO: Pretensiones de la demandada.

Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

1) Se indica en la contestación a la demanda que fue desde el año 2005 adjudicataria de un concurso similar la recurrente, sin que se denunciaran los extremos objeto del recurso. El 30 de septiembre de 2011 SIRASA denunció el contrato y convocó procedimiento de licitación que por las mejores condiciones ofrecidas le fue adjudicada a la recurrente el 18 de enero de 2011.

2) La Administración admite que la transformación y eliminación no es servicio público pero ello no impide que SIRASA pueda contratar estos servicios, pues la recogida y transporte a planta o a uso autorizado conlleva la responsabilidad también de garantizar que el destino de los mismos para su transformación y eliminación es el adecuado, pues el gestor del servicio debe entregar los cadáveres a planta o a destino admitido (art. 9.2.f del Decreto 56/2005), en el momento del transporte el cadáver deja de pertenecer a la explotación de origen (art.



16 del Decreto 56/2005) y tiene obligación de llevarlo a planta según se indica por los órganos competentes (art. 19 del Decreto 56/2005). Pero que en cualquier caso como la titularidad de los cadáveres es del gestor en el momento de la recogida y tiene obligación de llevarlos a una planta para transformación o eliminación, como ésta debe de ser contratada al ser onerosa, no hay motivo alguno para que estos servicios no se publiciten y se sometan a concurso, pues encargarlo sin concurso podría vulnerar la normativa sobre contratación.

3) En cuanto a la cláusula 2.3, no hay indefinición. Según el art. 75.2 de la LCSP el precio puede ser unitario o referido a unidades que se entreguen o ejecuten. Y en el apartado B del cuadro resumen contiene una estimación, teniendo en cuenta los datos de los últimos 6 años. Estando justificado el doble precio en función de la procedencia de los productos transformados y eliminados directamente de su recogida o de centros de transferencia, por el abaratamiento de costes.

4) En cuanto a la cláusula 2.2.3.2, los descuentos por defectos en la ejecución, estamos dentro de la ejecución del contrato y por lo tanto debe regirse por el derecho privado, donde existe libertad de pacto (art. 1255 del Código Civil). Tanto el derecho privado (art. 1252 del Código Civil) como el derecho público (art. 75.4 de la LCSP) establece la posibilidad de imposición de cláusulas por defecto de ejecución o incumplimiento de cláusulas contractuales.

5) En cuanto a la cláusula 4, composición de la Mesa de Valoración, las normas aludidas (art. 295 de la LCSP , art. 21 del Real Decreto 817/2009 , como el art. 8 de la Ley de Cortes de Aragón 3/2011) sólo son de obligada aplicación cuando estamos hablando de Administraciones Públicas, no cuando se trata de poderes adjudicadores, como es el caso. En este caso SIRASA, he intentado cumplir la recomendación contenida en el informe 5/2011 de 2 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, incluyendo personal con funciones de asesoramiento jurídico, pero éste debe ser laboral obligadamente pues así lo impone el art. 87.1 del Decreto Legislativo 2/2001 de 3 de julio, Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón , donde se indica que el personal de las empresas de la Comunidad Autónoma se regirá por Derecho Laboral.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: El régimen jurídico del contrato

De conformidad con lo que establece el Tribunal Especial de Contratos y la contestación a la demanda de SIRASA, hemos de comenzar indicando que SIRASA es un poder adjudicador que no es Administración Pública (art. 3 de la LCSP), que el contrato está sujeto a regulación armonizada por su importe (art. 16 de la LCSP), pero estamos en presencia de un contrato privado regido en cuanto a su preparación y adjudicación por las disposiciones de la LCSP, pero en cuanto a sus efectos y extinción por derecho privado (arts. 20 y 174 de LCSP). Evidentemente esta regulación afecta los motivos de impugnación, que han sido puestos de manifiesto en esta demanda y que ya se adelanta, no contiene crítica suficiente para modificar los acertados argumentos de la resolución del Tribunal Especial que aquí se combate.

SEGUNDO: La competencia de SIRASA para convocar un procedimiento de licitación público -también- para la eliminación y transformación de subproductos animales, cadáveres.

Nadie niega que la eliminación y transformación de los subproductos animales, cadáveres, no forma parte del servicio público, de conformidad a las normas ya citadas. Pero siéndolo como queda indicado en la contestación a la demanda, sólo la recogida y transporte a planta o al uso y destino autorizado, es claro que la responsabilidad del gestor de conformidad al Decreto 56 y 57/2005, no se queda ahí, sino que incluye también la responsabilidad de darle el uso adecuado a normativa y todo ello bajo la indicación normativa de que desde el mismo momento de la recogida el responsable del transporte a planta y eliminación es el gestor del servicio público. Son por tanto obligaciones complementarias a las establecidas en la normativa y que deben de llevarse a cabo por el titular de la gestión. Por tanto está plenamente justificado que también formen parte de la licitación pública.

Cuando SIRASA está ejerciendo funciones públicas y estos servicios o gestiones públicas, conlleven otras funciones derivadas de ellas, la prestación de las mismas obligadamente deben de formar parte del procedimiento licitatorio, so pena como dice la defensa de SIRASA de vulnerar los principios de concurrencia, publicidad, igualdad y no discriminación establecidos en la normativa de licitación pública. Principios que son exigibles a esta contratación, al integrarse en la fase de preparación y adjudicación que sí está regulada por la LCSP.

Procede a la vista de ello desestimar el motivo de impugnación suscitado.

TERCERO: La fijación del presupuesto de licitación, cláusula 2.3 del PCP.



El recurrente indica en su demanda que el apartado 2.3 del Pliego de condiciones particulares habla de un precio único para la transformación de los productos provenientes de vehículos que realicen directamente la recogida y un céntimo inferior para los que procedan de centros de transferencia, pero no se especifica cuantos kilos pueden proceder de uno y otro a efectos de confeccionar la oferta.

Tanto SIRASA en sus alegaciones, como el Tribunal Especial y la contestación a la demanda indican que existen suficientes datos en los pliegos de condiciones particulares y técnicos para justificar la oferta y visto el expediente este Tribunal así lo considera.

Como se dice en la contestación a la demanda el art. 75.2 de la LCSP establece que el precio puede ser unitario o referido a unidades que se entreguen o ejecuten. Y en el apartado B del cuadro resumen se contiene una estimación, teniendo en cuenta los datos de los últimos 6 años. Está suficientemente justificado en las alegaciones de SIRASA el doble precio en función de la procedencia de los productos transformados y eliminados directamente de su recogida o de centros de transferencia, por el abaratamiento de costes y en la demanda, no se hace crítica a los razonamientos efectuados pues es evidente que será menor el coste de descarga desde camiones nodriza, que desde los camiones de recogida directa.

CUARTO: Los descuentos por defectuosa ejecución del contratos. Cláusula 2.2.3.2

Indica en su demanda el recurrente, que el apartado 2.2.23.2., establece una serie de descuentos que SIRASA puede aplicar si no se ejecuta el servicio en la fórmula establecida en la cláusula, con ello al no garantizar el suministro de toneladas aproximadas podría darse el caso de que alguna descarga el descuento fuese tan elevado que el contratista tenga que pagar dinero a SIRASA, en lugar de cobrar.

SIRASA y el Tribunal Especial contestan que estamos ante una regulación para la fase de ejecución del contrato y por tanto no sometido a las disposiciones de la LCSP, que consideran vulneradas. Y es que efectivamente tal y como se indica en la contestación a la demanda, la fase de ejecución del contrato debe regirse por el derecho privado, donde existe libertad de pacto (art. 1255 del Código Civil). Y tanto el derecho privado (art. 1252 del Código Civil) como el derecho público (art. 75.4 de la LCSP) regulan la posibilidad de imposición de cláusulas por defecto de ejecución o incumplimiento de cláusulas contractuales, como la que aquí es objeto de recurso y que a la vista de lo alegado no procede su nulidad.

QUINTO: La formación de la Mesa de Valoración. Cláusula 4.

Por último el recurrente alega que la composición de la Mesa de Valoración vulnera las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, por que a la Mesa sólo puede pertenecer personal funcionario y no eventual (art. 295.3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre , de Contratos del Servicio Público -LCSP-). Es contestada esta alegación adecuadamente por el Tribunal y por la contestación de SIRASA, pues las normas aludidas en la demanda los arts. 295 de la LCSP , art. 21 del Real Decreto 817/2009 y art. 8 de la Ley de Cortes de Aragón 3/2011) sólo son de obligada aplicación cuando estamos hablando de Administraciones Públicas, no cuando se trata de poderes adjudicadores, como es el caso. En este caso SIRASA, ha intentado cumplir la recomendación contenida en el informe 5/2011 de 2 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, incluyendo personal con funciones de asesoramiento jurídico, pero éste debe ser laboral obligadamente pues así lo impone el art. 87.1 del Decreto Legislativo 2/2001 de 3 de julio, Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón , donde se indica que el personal de las empresas de la Comunidad Autónoma se registrará por Derecho Laboral.

Argumentos que no han sido discutidos en demanda, pues evidentemente si la mesa de valoración -que es un órgano interno- debe estar formada por personal del poder adjudicador y no hay personal funcionario, no puede considerarse incorrecta la formación con el personal de su organización que sólo -en atención a la normativa vigente- puede ser personal laboral.

Debe por tanto también desestimarse este último motivo de impugnación.

SEXTO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA , según la versión dada por la Ley 3/2011 de 10 de octubre, vigente cuando se interpuso el recurso, deben imponerse las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, y en este caso no se aprecia motivo por el que no se deban imponer a la entidad recurrente. Eso sí de conformidad a lo dispuesto en el art. 139.3 de la Ley, con el límite de 1.500 euros a cada parte y por todo concepto.

III. FALLO.

DESESTIMAR EL PRESENTE RECURSO Nº 812/2011 Y EN CONSECUENCIA:



PRIMERO: DECLARAR SER CONFORME A DERECHO LA ACTUACIÓN RECURRIDA.

SEGUNDO: HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO A LA ENTIDAD RECURRENTE CON EL LÍMITE INDICADO DE 1.500 EUROS.

Contra esta Sentencia, los que hayan sido parte en el recurso, pueden interponer recurso ordinario de casación (art. 86 de la Ley 29/98 RJCA), en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la notificación de la Sentencia, preparándolo mediante la presentación de escrito ante esta Sala, que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 89 de la Ley 29/98 RJCA).

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévase testimonio a los autos principales.

Una vez firme, COMUNÍQUESE ESTA SENTENCIA en el plazo de DIEZ DÍAS al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que el citado órgano:

1. Acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de DIEZ DÍAS desde su recepción, indicando a este Tribunal, el órgano responsable del cumplimiento del fallo de la Sentencia.
2. Lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo de la Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.