



CATALINA MACÍAS PLANELLS, SECRETARIA DEL AYUNTAMIENTO DE SANTA EULÀRIA DES RIU

CERTIFICO:

Que el Pleno de la Corporación, en sesión ordinaria celebrada el día tres de mayo de 2018, ha adoptado, entre otros, el siguiente acuerdo:

“ 5. Ver alegaciones presentadas a los pliegos de condiciones que regirán la concesión demanial sobre parcela municipal con edificaciones, para la explotación y mantenimiento de crematorio, tanatorio e instalaciones complementarias al cementerio municipal de Santa Eulària des Riu (EXP 2018/001413) y acordar lo que proceda.

Visto el informe jurídico emitido respecto a las Alegaciones presentadas en el plazo de exposición pública contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que regirán la concesión demanial sobre parcela municipal con edificaciones, para la explotación y mantenimiento de crematorio, tanatorio e instalaciones complementarias al cementerio municipal de Santa Eulària des Riu (expediente nº EXP2018/001413), del tenor literal siguiente:

Antecedentes

1. *En sesión de Pleno celebrada el 22 de febrero de 2018, se adoptó el acuerdo de la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas particulares (PPT) del expediente de contratación concesión demanial sobre parcela municipal con edificaciones, para la explotación y mantenimiento de crematorio, tanatorio e instalaciones complementarias al cementerio municipal de Santa Eulària des Riu (expediente nº EXP2018/001413) así como su exposición al público, por plazo de diez días naturales de conformidad a lo previsto en el artículo 188 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears. El citado acuerdo fue publicado en el Boletín Oficial de las Islas Balears nº27, de fecha 01-03-2018.*

Simultáneamente se anunció la convocatoria de la licitación, indicando que sería suspendida en caso de presentarse alegaciones y retomado el plazo a su resolución.

2. *Dentro del plazo de diez días naturales otorgado al efecto se han presentado un total de dos escritos de alegaciones por el mismo interesado a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, con los siguientes RGE:*
 - RGE 20189990001631, de fecha 10-3-2018 (fecha efectiva 12-3-2018)
 - RGE 201899900001642, de fecha 12-3-2018

Fundamentos Jurídicos

1. **Normativa aplicable a la licitación**
 - *Disposición transitoria primera 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

- El Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRCLSP.
- El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público;
- El Real Decreto 1098/2001 que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC), en tanto continúe vigente;
- La Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Islas Baleares (LMRL): Título IX "Contratación", artículos 187 y 188;
- El Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales en materia de Régimen Local (TRRL): artículos aún vigentes del Capítulo III Título VI "Contratación" (111, 114 y 117);
- Supletoriamente, son de aplicación el resto de normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado

2. Órgano competente para resolver las reclamaciones

Conforme el literal del artículo 188.3 de la Ley 20/2006 y dado que el órgano competente para la aprobación de los pliegos y para la adjudicación, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda punto 1 del TRLCSP **es el Pleno de la Corporación**, éste es el órgano competente para resolver las reclamaciones presentadas.

3. Naturaleza del trámite de exposición pública de los PCAP previsto en el artículo 188 de la Ley 20/2006

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante TACRC, en resolución 203/2013, sobre la cuestión de la impugnación de los pliegos en Baleares, **aborda la cuestión de la exposición pública los PCAP** previsto en el artículo 188 de la LMRL, concluyendo que este trámite de alegaciones se define como una suerte de **recurso especial en vía administrativa** que no puede equipararse a una fase de alegaciones o de información pública y que, en este caso, el Pleno **deberá resolver estimando o desestimando las reclamaciones presentadas**.

Cabe señalar que en el presente supuesto **no se da la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación**, al ser un contrato excluido del ámbito objetivo del TRLCSP. A estos efectos el TRLCSP determina los tipos de contratos susceptibles de recurso especial en su artículo 40, sin que las concesiones demaniales se recojan en el mismo. Por otra parte, el artículo 4 TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la norma, entre otros, a los contratos patrimoniales, que se regirán por su regulación específica.

Así lo señala el TACRC, ad exemplum, en sus resoluciones nº493/2016 y nº1213/2017, el TARC de Madrid en su resolución nº85/2011 o del TARC de Aragón en su resolución nº 129/2014 o en la sentencia del TSJ de Illes Balears de 18 de noviembre de 2015, relativa a un contrato de "explotación por terceros de la autorización de ocupación temporal de bienes de dominio público marítimo-terrestre", **queda excluida del ámbito del TRLCSP (y ahora de la Ley 9/2017, por aplicación de la DT 1ª párrafo 2) y de su recurso especial**.

4. Admisión a trámite los escritos de reclamaciones

En cuanto a la **admisibilidad formal de las reclamaciones**, cabe señalar que el artículo 188 de la LMRL introduce algunas particularidades en materia de contratación, entre las que se encuentra la exposición al público de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el anuncio para que puedan presentarse reclamaciones a los mismos. En concreto, el apartado 3



de este artículo prevé un plazo de exposición pública de diez días naturales a contar desde el día siguiente a la publicación del anuncio en el BOIB.

Considerando que el anuncio fue publicado el 01-03-2018, el día que finaliza el plazo para presentar reclamaciones es el 12-03-2018, considerando que el día 11-03-2018 fue inhábil por ser domingo, los escritos de reclamaciones a los PCAP se han presentado en plazo.

Respecto a su **admisibilidad en consideración al objeto de las mismas, las alegaciones se presentan respecto a la viabilidad de la concesión del Estudio económico financiero**, respecto a la configuración del canon previsto en el PCAP, solicitan aclaraciones respecto determinadas prestaciones a satisfacer, solicitan la revisión del régimen de modificación de la concesión, así como la inclusión de una cláusula sobre la obligación de subrogación del personal e impugnan el criterio de adjudicación que valora la elaboración de un "plan de calidad en la gestión del crematorio y el tanatorio".

Considerando el objeto de las mismas deben ser admitidas a trámite para su examen y posterior estimación o desestimación, incluyendo la relativa al Estudio económico financiero, por cuanto la determinación del canon de salida del contrato se basa en el citado documento, y así lo ha resuelto el TARC, entre otras en su resolución nº322/2016.

5. Resolución de las reclamaciones presentadas

5.1 Respecto al Estudio Económico-financiero

ALEGACIÓN: El interesado alega la desviación del modelo económico-financiero de la concesión con respecto a la realidad económica. El reclamante considera en su escrito que la configuración del modelo económico-financiero de la concesión presenta una configuración que impide alcanzar un razonable equilibrio entre ingresos y gastos de explotación, tanto por una insuficiente duración del plazo de concesión (punto A de su alegación) como por la desproporción del canon trimestral planteado (punto B de su alegación).

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN: El reclamante no incluye en su alegación dato objetivo ningún que demuestre el desequilibrio mencionado siendo que dicha conclusión, no fundamentada, entra en contradicción frontal con los resultados del exhaustivo análisis económico-financiero que esta Corporación realizó previo a la validación de los cánones de la concesión que finalmente se incluyeron en las bases de licitación, análisis a partir del cual se concluyó la viabilidad económica de la explotación conjunta del crematorio y del futuro tanatorio en todos y cada uno de los supuestos que se analizaron y durante todos los ejercicios de la explotación.

En cuanto al punto C de esta Alegación Primera, relativo a la falta de correlación del canon trimestral con las variaciones del nivel de ingresos procedentes del resultado económico de la explotación de la concesión, cabe notar que en el análisis económico-financiero referido en el párrafo anterior ya se tuvo en cuenta la no disminución del canon a pesar de una eventual disminución de los ingresos, circunstancia a pesar de la cual se mantenían plenamente la viabilidad y equilibrio económicos de la concesión.

Finalmente, en cuanto al punto D de esta Alegación Primera, relativo a la no consideración de una eventual disminución de ingresos derivada del aumento de la oferta y a la ausencia de un análisis económico-financiero sobre la viabilidad de la concesión cabe notar, por un lado, la imprevisibilidad de eventuales aumentos de la oferta y, en consecuencia, la necesidad de plantear una concesión en los términos y hechos conocidos en la actualidad y, por otro lado, indicar – tal como se ha mencionada con reiteración – que la viabilidad de los cánones establecidos ha sido exhaustivamente analizada en el Estudio económico-financiero.



→ **En consecuencia, dado que previo a la licitación ya se acreditó la viabilidad económica de la concesión en los términos planteados en las bases de licitación, y visto que no se aporta ningún dato nuevo del que se desprenda lo contrario, entendemos que no procede la estimación parcial ni total de dicha alegación primera y SE PROPONE DESESTIMAR la alegación.**

5.2 Respetto de la configuración inicial del canon

El "canon concesional inicial" por la utilización privativa del dominio público aparece configurado en las cláusulas 10.1 y 10.3 del Pliego, según se trate de la explotación y mantenimiento del "crematorio e instalaciones complementarias" o del "tanatorio e instalaciones complementarias", respectivamente.

En el primer caso, de acuerdo con la referida cláusula 10.1 del Pliego, "El canon concesional inicial a satisfacer por el concesionario por el Crematorio e instalaciones complementarias será de 800.000,00€.

En el segundo supuesto, "El canon a satisfacer por el concesionario a la entrega en concesión de la porción de terreno y el edificio del Tanatorio será de 1.000.000,00€ (cláusula 10.3 del Pliego).

ALEGACIÓN: El interesado alega que este "canon concesional inicial" no se encuentra sometido a licitación, de forma que los participantes en la licitación no pueden ofertar sobre el mismo, al no estar incluido entre los criterios de adjudicación de la Concesión sujetos a valoración y previstos en la cláusula 17 del Pliego. Añade que analizada la configuración en el Pliego del canon de la Concesión "se observa que el "canon concesional inicial" supone en ambos casos (crematorio y tanatorio) una parte muy importante del canon mínimo total, aproximadamente un 36% de este importe, no estando el mismo sometido a licitación ni tampoco prefijado en una ordenanza fiscal."

En este sentido, señala que al tratarse de una concesión demanial el canon que ha de satisfacer el concesionario tiene la naturaleza jurídico-tributaria de tasa, tal y como se establece en el artículo 20, apartado 1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y que de forma específica el artículo 24 del TRLRHL prevé que "cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación".

PROPUESTA DE RESOLUCION: Según el art. 93.4 de la Ley 33/2003, en su punto tercero, establece que: "las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o esta sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales."

En el ámbito local, se regula en el art. 20.1.a del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con el art. 24, en el que se indica que, con carácter general, debe tomarse como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o el aprovechamiento que se haga del bien; **si bien cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, su importe vendrá determinado por el valor de la proposición sobre la que recaiga la concesión.**

El artículo 150 del TRLCSP dispone:



1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la **oferta económicamente más ventajosa** deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Entendemos que no existe un incumplimiento de la normativa en materia de contratación por el Pliego al establecer un canon inicial y un canon variable, ya para la valoración de las proporciones se tendrá en cuenta **la oferta económicamente más ventajosa**, y los cánones se configuran como formas de pago que permiten distintos establecer de forma escalonada el **pago** de los importes económicos ofertados. La oferta económica que realicen los licitadores se efectuará considerando tanto el canon inicial como el canon variable, y únicamente se somete como criterio de valoración la oferta del canon variable, pero no se limita con un criterio de saciedad. Por ello, en cuanto al **principio de economía en la gestión de fondos públicos**, tampoco se deriva del sistema previsto en los PCAP el establecimiento de límites a los posibles ingresos de la Administración en concepto de cánones. Más, al contrario, resulta incoherente la alegación respecto a la configuración del canon con la alegación relativa a la inviabilidad económica del contrato.

Por tanto, el citado criterio **cumple los requisitos legales del TRLCSP** por cuanto se valora el **criterio precio puntuando la mayor oferta de canon variable** y el resto de forma proporcional, criterio respaldado por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y los Tribunales Especiales en materia de contratación a favor de fórmulas linealmente proporcionales. En este sentido cabe recordar que la Comisión Nacional de la Competencia señala en su guía sobre contratación que la puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato, pero en ningún caso interviene o hace mención al régimen de pagos o la configuración de los cánones iniciales o variables.

Respecto al artículo 24 TRLHL tampoco cabe estimar que el Pliego es contrario al mismo, por cuanto la oferta económica es el resultado de la suma de todos los cánones, que tras la licitación se habrá determinado conforme precios de mercado, siendo la oferta económica que formulen los licitadores el resultado de la valoración de los ingresos y gastos, que necesariamente integran los cánones a abonar a la Administración.

→ **En consideración a todo lo anterior, se PROPONE DESESTIMAR la alegación relativa a la configuración del canon inicial.**

5.3 Respecto al régimen de modificación de la concesión

ALEGACIÓN: El régimen de modificación de la Concesión se prevé en la cláusula 38 del Pliego, que, tras exponer los motivos tasados en los que se justifica la revisión de las



condiciones por la concurrencia de alguna de las circunstancias descritas en dicha cláusula, concluye lo siguiente:

"...estas modificaciones serán causa de extinción de la concesión cuando las mismas no sean aceptadas por el concesionario."

Esta previsión podría no resultar conforme a derecho, por cuanto supone que la mera oposición o rechazo del concesionario a cualquier modificación planteada por el Ayuntamiento dará derecho a este último a dar por extinguida de forma automática la Concesión.

PROPUESTA DE RESOLUCION: La clausula 38 del PCAP prevé:

"(...)

Solo podrán efectuarse modificaciones cuando se justifique la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- *Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*
- *Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*
- *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*
- *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*
- *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

Estas modificaciones serán causa de extinción de la concesión cuando las mismas no sean aceptadas por el concesionario."

La misma es conforme al artículo 219 del TRLCSP:

Artículo 219. Potestad de modificación del contrato.

1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.

Además, conforme el artículo 100 de la Ley 33/2003 una de las causas de resolución es cualquier causa prevista en el Pliego:

Las concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas:

(...)



i) *Cualquier otra causa prevista en las condiciones generales o particulares por las que se rijan.*

Y el artículo 223 del TRLCSP prevé entre las causas de resolución del contrato la imposibilidad de ejecutar la prestación si no es posible modificar el contrato:

“Son causas de resolución del contrato:

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.”

→ En consideración a todo lo anterior, se PROPONE DESESTIMAR la alegación

5.4 El pliego que rige la concesión debería incorporar una cláusula que prevea la subrogación del personal.

ALEGACIÓN: *el reclamante afirma que la concesión demanial objeto de licitación presenta singulares características, consecuencia principalmente del régimen de derechos y obligaciones que se configura en el Pliego, y que permite afirmar la existencia de una analogía entre esta concesión demanial y los contratos de gestión de servicio público, cuyo régimen jurídico se contiene en el TRLCSP.*

*Esta analogía determina la aplicación de las disposiciones propias de los contratos de gestión de servicio público (previstas en el TRLCSP, de aplicación al presente supuesto *ratione temporis*) a la Concesión, entre ellas, la exigencia de incluir en el Pliego una cláusula relativa a la subrogación del personal adscrito a la anterior concesión.*

Entendiendo que en el presente caso concurren los requisitos exigidos por la legislación para la sucesión de empresas (transmisión de una unidad funcional), que implica la obligación del futuro adjudicatario de subrogarse como empleador en las relaciones laborales suscritas por el anterior adjudicatario, el reclamante entiende que el órgano de contratación debe facilitar a los licitadores, en el propio Pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, y que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN:

El TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación, entre otros negocios y relaciones jurídicas, las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, “que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”, aplicándose los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 84, apartado 3 (que tiene el carácter de legislación básica) dispone que las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se registrarán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de la misma ley.

La LPAP exige, como norma general, que las adjudicaciones de concesiones sobre bienes de dominio público se efectúen en régimen de concurrencia, prohibiendo ser titular las mismas a las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en la normativa de contratación administrativa.



Así, pese a la exclusión operada por la legislación en materia de contratos del sector público, ésta constituye una fuente normativa complementaria de ineludible referencia, sin perjuicio de los supuestos en que sea de obligada aplicación.

Pero también nos permite sostener que el artículo 120 del TRLCSP, cuya disposición ha sido incorporada en términos similares al artículo 130 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, **no resulta de aplicación a las concesiones demaniales.**

Por otra parte, la aplicación del citado precepto impone **un deber de información sobre las relaciones laborales cuando exista una obligación de subrogación del personal del contratista saliente en el entrante**, esa obligación de información compete en exclusiva al órgano de contratación.

Se trata, en todo caso, de obligaciones con un contenido netamente laboral cuyo cumplimiento corresponde examinar a los órganos de la jurisdicción social. Así, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en diversas Sentencias, como la de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015, avalando una Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, señala que **“era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación”** (de subrogación). Y en el mismo sentido, el TACRC en su resolución nº75/2013 aclara que:

“la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status de trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social”.

A estos efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 expone las circunstancias que concurren en el supuesto particular de sucesión de contratistas o concesiones con sucesión de plantillas que se caracterizan por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas:

“(a) una empresa contratista o adjudicataria de servicios sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios por cuenta o a favor de un tercero; (b) la sucesión de contratistas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación con la empresa saliente, encargando a la entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; (c) la empresa entrante ha incorporado al desempeño de la contrata una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente; y (d) el activo principal para el desempeño de los servicios es la mano de obra organizada u organización en el trabajo”.

Por último, no nos consta la vigencia de convenio colectivo que imponga la subrogación del personal.



Por todo ello, a salvo de lo que puedan determinar los órganos competentes, consideramos que el precepto no es de aplicación a las concesiones demaniales, y que, en el caso concreto de la concesión demanial de edificio de crematorio, no puede definirse como intensivo en mano de obra ni su objeto principal es el desempeño de servicios cuyo elemento esencial es la mano de obra organizada.

→ En consideración a todo lo anterior, se PROPONE DESESTIMAR la alegación

5.5 Criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor la elaboración de un “plan de calidad en la gestión del crematorio y el tanatorio”, que incluye especialmente un plan de mantenimiento preventivo y ahorro energético de las instalaciones

ALEGACIÓN: *El Pliego prevé entre los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor la elaboración de un “Plan de Calidad en la Gestión del Crematorio y el Tanatorio” que, de acuerdo con la cláusula 17.2.1 del Pliego:*

“Se valorará hasta un máximo de QUINCE (15) puntos atendiendo al grado de desarrollo de la memoria y a la mayor o menor calidad en la gestión del crematorio, el tanatorio y sus contingencias conforme al plan presentado ... incluyendo, especialmente:

(...)

- Plan de mantenimiento preventivo de las instalaciones y ahorro energético de las instalaciones...”

“Se valorará el funcionamiento y la organización previstas y las características del mantenimiento ofertado, así como el compromiso de ahorro y eficiencia energética y de ahorro de recursos. La propuesta deberá detallar las medidas y buenas prácticas a adoptar para disminuir los consumos eléctricos e hídricos que conlleve la explotación de las instalaciones.”

La recurrente afirma que se observa la inclusión, entre los criterios de adjudicación susceptibles de valoración por parte del órgano de contratación, de la elaboración de un plan de mantenimiento preventivo y ahorro energético de las instalaciones, cuando el diseño y construcción del tanatorio objeto de la Concesión se va a ejecutar por el Ayuntamiento, sin que el concesionario participe en modo alguno en dicha ejecución, y por tanto, no parece razonable que se valore la elaboración de un plan relativo a medidas de mantenimiento preventivo de instalaciones y ahorro energético en el presente supuesto, en el que la ausencia de intervención del futuro adjudicatario de la Concesión en el proyecto y construcción del tanatorio (y de sus instalaciones complementarias), que ha de realizarse en exclusiva por el Ayuntamiento, impide que los licitadores puedan conocer las características técnicas de las edificaciones, condición necesaria para que pueda elaborarse un plan de las características señaladas en el Pliego con suficiente rigor.

Afirma que difícilmente se puede prever en el Plan Económico y Financiero previsional de la concesión cuáles serán los costes de mantenimiento del edificio y de sus instalaciones si no se conoce cómo será el edificio (en el Pliego no hay suficiente información) y si no se ha participado, desde el momento de la licitación, en el diseño del mismo.

Sugiere que el futuro concesionario asumirá la explotación de las instalaciones del tanatorio, cuyo diseño, proyecto, construcción y adaptación corresponde en exclusiva al Ayuntamiento, parece razonable que el Pliego prevea la posibilidad de que los licitadores puedan incluir en



sus proposiciones propuestas de soluciones relativas al diseño y características técnicas y constructivas de las referidas instalaciones y que las mismas sean objeto de valoración por el órgano de contratación, estableciendo a tal efecto una puntuación concreta en la cláusula 17 del Pliego.

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN:

La cláusula 17.2 del Pliego prevé como criterio de adjudicación, con una ponderación del 3% del total de la puntuación, no tanto la elaboración de un plan de mantenimiento preventivo y ahorro energético de las instalaciones como la definición de las directrices de un Programa (que no Plan) de mantenimiento y ahorro energético que pueda transformarse adecuadamente en un Plan de Mantenimiento Preventivo y Ahorro Energético una vez definidas la totalidad de las instalaciones:

“Plan de mantenimiento preventivo de las instalaciones y ahorro energético de las instalaciones (3 puntos a la mejor o mejores ofertas, en caso de existir más de una misma oferta con el mismo nivel de precisión y calidad, 1,5 puntos a la siguiente o siguientes mejores ofertas en caso de presentar la misma calidad y el resto no se valorarán):

Se valorará el funcionamiento y la organización previstas y las características del mantenimiento ofertado, así como el compromiso de ahorro y eficiencia energética y de ahorro de recursos. La propuesta deberá detallar las medidas y buenas prácticas a adoptar para disminuir los consumos eléctricos e hídricos que conlleve la explotación de las instalaciones.”

En esta línea, en aquellas cuestiones que no se pueden concretar a la fecha de la presente debido a la indefinición de las instalaciones del Tanatorio (y no de las del Crematorio pues se encuentran totalmente definidas y ejecutadas), la cláusula 17.2.1 – último apartado – se refiere a la valoración de la metodología de planificación y control y a la forma de gestión de los Programas de Mantenimiento preventivo – y eventualmente correctivo – y no tanto a las medidas concretas a prever en el Plan de Mantenimiento. De este modo en este punto se valorará, por un lado, la definición clara, unívoca y óptima de los objetivos del Programa de mantenimiento y, por otro lado, tanto la concreción de los factores a considerar en la definición del Plan y de los recursos disponibles para ser destinados al desarrollo del Programa como de la metodología integral que se utilizará en el desarrollo del Plan de Mantenimiento para transformar los objetivos del Programa en acciones concretas.

→ En consideración a todo lo anterior, se PROPONE DESESTIMAR la alegación.

6. Aclaraciones a los PCAP

6.1 Régimen de utilización de la sala de exposición y velatorio y sala de autopsias en el crematorio

La cláusula 9 del Pliego lista el conjunto de servicios que deben ser prestados por el adjudicatario, distinguiendo entre los correspondientes a crematorio (apartado 1) y a tanatorio (apartado 2).

En lo que respecta al crematorio, el Pliego no aclara si las instalaciones destinadas a velatorio y sala de autopsias pueden ser utilizadas también en los supuestos en los que no se presta el servicio de incineración. Tampoco aclara si se pueden aplicar las mismas tarifas que las que se aplicarán en el edificio Tanatorio.

ACLARACIÓN:

No se considera necesaria aclaración alguna puesto que el pliego establece lo siguiente:



“Los servicios a prestar en el edificio del crematorio comprenden los supuestos, actuaciones y prestaciones que, **con carácter enunciativo y no limitativo**, se indican a continuación:

- Incineración de cadáveres y de restos con entrega de urna y cualquier otra actividad que se realice dentro del recinto del crematorio, exigibles por la normativa en materia sanitaria mortuoria
- La administración del crematorio, cuidado de su orden y policía
- Depósito de cadáveres
- Exposición y velatorio
- Suministro de féretros y ataúdes
- El suministro de féretro y resto de material funerario, como arcas y urnas; flores y coronas; ornamentos y cualesquiera otros elementos propios del servicio funerario
- La realización de las obras, servicios y trabajos necesarios para la conservación, mantenimiento y limpieza de las instalaciones y en particular de sus elementos urbanísticos, jardinería, edificios y demás instalaciones, así como el funcionamiento de éstos
- Cualquier otra actividad integrada en el servicio de crematorio, impuesta por la técnica o hábitos sociales actuales o que puedan desarrollarse en el futuro.”

6.2 Determinación de las tarifas en el pliego no se realiza de forma suficientemente clara

Las cláusulas 12 y 16.3 del Pliego se refieren a la retribución del concesionario por los servicios de incineración, cremación de restos, adecuación y preparación del cadáver en la sala de tanatoplastia/tanatoestética, uso de salas de exposición y velatorio y depósito de cadáver en cámara de frío para su conservación.

El Pliego no es claro al referirse a los concretos conceptos sobre los que habrán de aplicarse las tarifas previstas. En la lógica de este pliego (como concesión demanial) se encuentra que las tarifas vengán referidas al uso de las instalaciones y espacios más que a la prestación de servicios realizados en el espacio.

ACLARACIÓN:

El pliego regula únicamente dos tarifas vinculadas al servicio de crematorio:

- **Tarifa servicio incineración cadáver+ urna**
- **Tarifa para incineración de restos**

Y además establece precios bonificados en los servicios funerarios para personas que lo requieran por falta de medios económicos.

Entendemos que no existen lagunas o indefiniciones sobre las citadas tarifas.

Por otra parte, respecto de los criterios de adjudicación, se valora la rebaja de tarifas de los servicios:

“Se entenderá como [Tarifas del Tanatorio] las siguientes tarifas:

[Tarifa] Licitador 1: Tarifa (horaria), propuesta por el licitador i baremado, de Adecuación-preparación del cadáver en la sala de tanatoplastia/tanatoestética,



[Tarifa] Licitador 1: Tarifa (horaria), propuesta por el licitador i baremado, de **uso de Salas de Exposición y Velatorio**,

[Tarifa], Licitador 1: Tarifa (horaria), propuesta por el licitador i baremado, de **Depósito del cadáver en cámara de frío para su conservación**,

MÁXIMA [Tarifa]1: Mayor tarifa (horaria) propuesta por cualquiera de los licitadores para la **Adecuación-preparación del cadáver en la sala de tanatoplastia/tanatoestética**,

MÍNIMA [Tarifa]1: Menor tarifa (horaria) propuesta por cualquiera de los licitadores para la **Adecuación-preparación del cadáver en la sala de tanatoplastia/tanatoestética**,

MÁXIMA [Tarifa]: Mayor tarifa (horaria) propuesta por cualquiera de los licitadores para el **uso de Salas de Exposición y Velatorio**,

MÍNIMA [Tarifa]: Menor tarifa (horaria) propuesta por cualquiera de los licitadores para el **uso de Salas de Exposición y Velatorio**,

MÁXIMA[Tarifa]3: Mayor tarifa (horaria) propuesta por cualquiera de los licitadores para el **Depósito del cadáver en cámara de frío para su conservación**,

MÍNIMA[Tarifa]3: Menor tarifa (horaria) propuesta por cualquiera de los licitadores para el **Depósito del cadáver en cámara de frío para su conservación.**"

Por tanto, se valora la reducción de precios en algunos de los servicios funerarios que puede prestar la empresa, y éstos son sólo algunos de los que puede prestar la concesionaria en las instalaciones:

- *Uso de Salas de Exposición y Velatorio,*
- *Depósito del cadáver en cámara de frío para su conservación,*
- *Adecuación-preparación del cadáver en la sala de tanatoplastia/tanatoestética,*

Se trata de criterios de adjudicación que no alteran la naturaleza del contrato de concesión demanial, que como ha afirmado el TARC de Madrid se distingue de la concesión de servicios por cuanto estamos ante servicios al público, y no un servicio público:

"Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial.

(...)

*sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del **uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario**. La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una **especial tutela del interés público** para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato. La*



calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato”.

6.3 El pliego no prevé si en el Tanatorio se destinarán instalaciones para su utilización como oratorio ni las tarifas a satisfacer en tal caso

El Pliego no indica la existencia de oratorio en el tanatorio, elemento que consideramos necesaria en este tipo de instalaciones, y tampoco determina las tarifas aplicables a la utilización de las instalaciones destinadas a oratorio, por lo que entendemos necesario que tenga lugar una aclaración en este sentido.

“El edificio de Tanatorio se entregará al concesionario con las siguientes instalaciones mínimas:

- *Zona de recepción y oficina de atención al público.*
- *3 Salas de velatorios y de exposición de cadáveres*
- *Sala de acondicionamiento y prácticas sanitarias sobre cadáveres. Reunirá las siguientes características técnicas:*
 - *Dimensiones adecuadas y suficientes.*
 - *Las superficies serán lisas, impermeables y de fácil limpieza y desinfección. Lavamanos con agua fría y caliente.*
 - *Sistema de ventilación y de extracción de aire.*
 - *Una superficie para depositar el cadáver que permita realizar su acondicionamiento. En caso de realizar embalsamamientos o conservaciones transitorias, se dispondrá de mesa de trabajo de material impermeable y de fácil limpieza y desinfección con agua fría, caliente y desagüe.*
- *Lavabo y vestuario, dotado de duchas con agua fría y caliente, de uso exclusivo para el personal, situados en las inmediaciones de la sala de acondicionamiento de cadáveres.*
- *Lavabo de uso exclusivo para el público.*
- *Cámaras frigoríficas, en número suficiente y de material impermeable y de fácil limpieza y desinfección, y dotadas de termómetro.*
- *Garaje o acceso exclusivo para vehículos fúnebres comunicado con el interior de las instalaciones.”*

ACLARACIÓN:

Advertido error en el Pliego se procede a su corrección, incluyendo “sala polivalente”:

“El edificio de Tanatorio se entregará al concesionario con las siguientes instalaciones mínimas:

- *Zona de recepción y oficina de atención al público.*
- ***Sala polivalente***
- *3 Salas de velatorios y de exposición de cadáveres*
- *Sala de acondicionamiento y prácticas sanitarias sobre cadáveres. Reunirá las siguientes características técnicas:*
 - *Dimensiones adecuadas y suficientes.*
 - *Las superficies serán lisas, impermeables y de fácil limpieza y desinfección. Lavamanos con agua fría y caliente.*
 - *Sistema de ventilación y de extracción de aire.*
 - *Una superficie para depositar el cadáver que permita realizar su acondicionamiento. En caso de realizar embalsamamientos o conservaciones*



transitorias, se dispondrá de mesa de trabajo de material impermeable y de fácil limpieza y desinfección con agua fría, caliente y desagüe.

- *Lavabo y vestuario, dotado de duchas con agua fría y caliente, de uso exclusivo para el personal, situados en las inmediaciones de la sala de acondicionamiento de cadáveres.*
- *Lavabo de uso exclusivo para el público.*
- *Cámaras frigoríficas, en número suficiente y de material impermeable y de fácil limpieza y desinfección, y dotadas de termómetro.*
- *Garaje o acceso exclusivo para vehículos fúnebres comunicado con el interior de las instalaciones."*

El pleno de la Corporación acepta el informe emitido y en base al mismo, con catorce votos a favor, once de los miembros del grupo popular y tres de los miembros del grupo Guanyem y cinco abstenciones del grupo municipal socialista, lo que representa la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, ACUERDA:

Primero.- DESESTIMAR las alegaciones presentadas por GRUP VFV S.L. en el sentido indicado en el informe jurídico y con las aclaraciones al Pliego que en él se indican.

Segundo.- Publicar en el Boletín Oficial de les Illes Balears anuncio de reanudación del plazo para presentación de proposiciones por el tiempo que reste de dicho plazo a partir del día siguiente al de su publicación."

La transcripción del presente acuerdo se hace sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta conforme a lo dispuesto en el artículo 19.5 de la Ley 40/2015 de 01 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

Y para que conste y surta efectos donde proceda se expide la presente certificación con el visto bueno del Sr. Alcalde-Presidente en Santa Eulària des Riu a 04 de mayo de 2018

Fdo. digitalmente

El Alcalde-Presidente
La Secretaria