

Servicios públicos y contratos de servicios

Pedro Luis Martínez Pallarés

En el presente informe se analizan y exponen las novedades normativas, jurisprudenciales y documentales habidas en la Comunidad Autónoma de Aragón en relación tanto con la gestión de los servicios locales como con los contratos de servicios en las entidades locales aragonesas durante el año 2016.

I. LEGISLACIÓN

1. SERVICIOS PÚBLICOS

Si bien el ámbito objetivo de este Informe se circunscribe a las novedades normativas habidas en la Comunidad Autónoma de Aragón, dada la incidencia que tiene sobre la regulación de los contratos de gestión de servicios públicos, damos puntual noticia de las previsiones contenidas al respecto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aprobada por las Cortes Generales, que entró en vigor el pasado mes de octubre de 2016.

El art. 86.2.a) de la Ley 40/2016, de 1 de octubre establece como condición para que las entidades integrantes del sector público institucional del Estado sean consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, entre otras, el que «sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad social». Esta preferencia contractual, ciertamente que circunscrita al ámbito de las enti-

dades que integran el sector público institucional del Estado, contraviene la previsión del art. 24.1.a) TRLCSP de preferencia por los medios propios cuando la Administración disponga de ellos, tal y como con acierto han resaltado T. Font i Llovet y A. Galán Galán. En tanto no se modifique el mencionado artículo del TRLCSP o no se introduzca previsión alguna en dicho sentido en la legislación básica de régimen local, entendemos que sigue vigente la previsión prevista en la legislación contractual.

La Disposición Adicional Novena de la LRJSP introduce una nueva Disposición Adicional trigésimo sexta en el TRLCSP, procediendo a la creación de la Oficina Nacional de Evaluación que tiene como finalidad el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de servicios públicos. Con carácter previo a la licitación de dichos contratos a celebrar por poderes adjudicadores dependientes de las entidades locales deberá evacuarse informe preceptivo si se realizan aportaciones públicas a la explotación de la concesión o cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario. Idéntico requisito se establece respecto de los contratos de gestión de servicios públicos en los que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador, si el importe de los gastos de primer establecimiento supera un millón de euros.

Por otra parte mediante Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, se posibilita la prestación de este tipo de servicios mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, al margen de la normativa contractual pública. Como quiera que dicha ley resulta de aplicación tanto a prestaciones propias de contratos de gestión de servicios públicos como de contratos de servicios, todos ellos a las personas, realizaremos un breve comentario sobre el contenido de la misma en el epígrafe relativo a las novedades normativas en materia de contratos de servicios.

2. CONTRATOS DE SERVICIOS

La mencionada Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 11/2016, posibilita que la prestación de servicios a las personas de carácter social y sanitario, ya sean servicios públicos o de servicios desde una perspectiva contractual pública, pueda realizarse además de por la propia Administración competente mediante gestión directa, y por gestión indirecta mediante las fórmulas previstas en la legislación contractual pública, mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

La nueva regulación contenida en la Directiva comunitaria 2014/24/CE permite abrir nuevas posibilidades respecto de la organización de esta tipología de

servicios, al establecer que «los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva» y reconocer en relación con los servicios a las personas que las Administraciones «siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos».

En consecuencia para la prestación de este tipo de servicios la Administración competente podrá optar por distintas fórmulas gestoras, entre ellas la acción concertada. En este caso se regirá por el régimen jurídico establecido en la Ley comentada, al margen de la normativa de contratación pública, de acuerdo con los principios y procedimiento establecidos en los arts. 4 y 5 de la Ley y con las limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados contenidas en el art. 7. Resulta de particular relevancia destacar que la suscripción de este tipo de acuerdos con entidades privadas sin ánimo de lucro conlleva ineludiblemente que estas «no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros».

II. JURISPRUDENCIA

1. SERVICIOS PÚBLICOS

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) ST de 17 de diciembre de 2015 (JUR/2016/23563). Modificación de un contrato de concesión adjudicado veinte años atrás. Legislación aplicable. Legitimación

Dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 2 que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido frente a la resolución del Consejero de Presidencia, Economía y Hacienda de dicho Ayuntamiento, por el que se inadmitieron los recursos de reposición interpuestos contra el acuerdo que había aprobado la modificación del contrato de la concesión administrativa para la construcción de un aparcamiento subterráneo junto al hospital Clínico en la avenida San Juan Bosco y se acordaba la resolución de muto acuerdo del contrato para la construcción de dos aparcamientos de vehículos en Zaragoza, adjudicados todos ellos a la misma mercantil.

La cuestión controvertida consiste en determinar la legalidad de una modificación contractual acordada el año 2010, relativa a un contrato adjudicado veinte años atrás, que afectaba a la construcción de tres aparcamientos, que has-

ta el momento no se habían ejecutado, y que suponía la resolución pactada de dos de ellos.

No obstante la primera cuestión abordada consiste en la falta o no de legitimación de las recurrentes en primera instancia, que no participaron en la licitación del contrato veinte años atrás. La Sala admite que en materia de contratación administrativa «en principio» el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación o su impugnación, si bien la determinación de la legitimación en cada caso ha de efectuarse de forma casuística. En el supuesto enjuiciado la particularidad deviene de que nos encontramos ante una modificación de una concesión otorgada en 1990 que, no habiendo sido ejecutada en 2008, y ante las necesidades de aparcamiento existentes, los recurrentes inician dicho año los trámites para construir un aparcamiento enfrente de dicho Hospital. Actuaciones que culminaron con la concesión por el Ayuntamiento de licencia ambiental de actividad clasificada y licencia urbanística del proyecto básico. Por ello la Sala reconoce a los recurrentes legitimación, entendida como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo o evitación de un efecto negativo actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir de modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial o futuro en la esfera jurídica de quien alega su legitimación. Circunstancias que concurren en el caso.

Tras determinar que la legislación aplicable para resolver el objeto de la litis era la vigente en el momento de otorgamiento de la concesión inicial, Ley y Reglamento de Contratos del Estado de 1965 y 1975, respectivamente, ya que la modificación recurrida se acuerda antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, la Sala confirma la Sentencia de instancia y desestima el recurso de apelación en base a las razones que se exponen a continuación.

Tanto la LCE como el RGCE establecen que para ejercitar la potestad de modificación de los contratos deben concurrir razones de interés público, obedecer a necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas, no afectar a la esencia o sustancia del contrato, llevando aparejada la indemnización procedente. La modificación planteada a juicio de la Sala forma parte de una solución integral, afectando a la esencia o sustancia del contrato, ratificando lo afirmado por el Juzgado de instancia que consideraba que «del contrato que inicialmente se ofertó y adjudicó al actual no queda prácticamente nada, salvo las mismas partes y una coincidencia en parte del solar, habiéndose producido modificaciones esenciales como la ampliación de las plazas de aparcamiento o la condición de proyecto municipal».

En concreto, de las modificaciones aprobadas, que forman parte de un lote en el que queda inejecutado otro aparcamiento que queda resuelto, destacan: la variación del emplazamiento físico que habría de abarcar parte de la parcela inicial, que se reduce de 2350 a 1850 m, y el subsuelo de la parte colindante con la avenida San Juan Bosco hasta su mediana central, con una ocupación de dominio público inicialmente no prevista; se pasa de un aparcamiento de edificación sobre rasante a un aparcamiento de cinco plazas subterráneas y urbanización de planta de superficie; respecto del periodo de vigencia de la concesión si bien se mantiene en los 50 años iniciales se altera el plazo de inicio del mismo, inicialmente la fecha de la concesión, y pasa a ser el de la fecha de terminación de las obras, superándose así los 70 años; y se produce un aumento del precio que supera notablemente el 20% al pasar de 4,5 millones de euros a 6,7 millones de euros.

En consecuencia, desestima el recurso y confirma la sentencia anulatoria de la modificación contractual acordada.

b) ST de 15 de junio de 2016. (RJCA/2016/724). Gestión del servicio público de transporte urbano de viajeros por autobús. Formas societarias exigidas a los licitadores. Justificación de la solvencia técnica vinculada a la experiencia

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del TACPA que desestima el recurso especial interpuesto contra el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, «Gestión del servicio público de Transporte Urbano de Viajeros por autobús».

En esencia el TSJ de Aragón admite el recurso interpuesto en base a los siguientes fundamentos:

La obligación de constituir una Sociedad Anónima por la adjudicataria del contrato, contraviene lo preceptuado en el art. 4 de la Directiva 2004/18 y en el TRLCSP, ya que no puede exigirse por los poderes adjudicadores que las agrupaciones económicas tengan una forma jurídica determinada y dicha obligación solo puede, en su caso, exigirse cuando se haya procedido a la adjudicación del contrato en la medida en que sea necesaria para la correcta ejecución del mismo. A juicio de la Sala no parece justificable que se obligue a la actora a modificar la forma societaria cooperativa que revestía, bajo la justificación de evitar la existencia de entramados societarios, cuando el capital social de la cooperativa está constituido por las aportaciones de los socios, siempre personas físicas, que o son trabajadores o son colaboradores y solo pueden transmitirse las acciones entre ellos y sus descendientes.

La exigencia de solvencia técnica vinculada a la experiencia, en concreto bien una experiencia relativa a un contrato con igual objeto que el licitado bien experiencias en gestión de servicios de transporte urbano o metropolitano de

viajeros que de manera acumulada representen experiencia en gestión de contratos que den servicio a 80 millones de pasajeros/año o realicen 16 millones de vehículos-km/año, es considerada por la Sala que contraría tanto a la normativa europea, como interna, que está inspirada en el principio de garantía de la participación más amplia posible de licitadores. Y ello porque no hay justificación suficiente para considerar que solo es posible acreditar la solvencia técnica por los medios descritos, excluyendo otros sistemas de acreditación. El art. 78 TRLCSP, establece diversas formas de acreditar dicha solvencia. En concreto la resolución recurrida indica que el haber sido trabajador de la empresa de transportes no conlleva solvencia pues debe proyectarse también sobre la planificación y la gestión, olvidando que en la relación de trabajadores de la cooperativa también hay trabajadores en puestos de gestión, junto a conductores, personal administrativo y de mantenimiento, por lo que considera contrario al principio de garantía de participación más amplia exigir solo la experiencia en contratos iguales para acreditar esta solvencia técnica.

Asimismo entiende que la exigencia de experiencia previa en un contrato idéntico y de las mismas características puede convertirse en una limitación a la competencia contraria a la Ley de Defensa de la Competencia. Tras referir diversa jurisprudencia del TS que declara que exigir experiencia exclusiva de un solo tipo de contrato de transporte es un trato discriminatorio y no proporcional que constituye un trato desigual a los licitadores, considera que la supuesta complejidad del contrato no justifica que la experiencia exigida solo sea posible para este tipo de contrato de prestación de servicios de transporte. Con ello no quiere decirse que no valga establecer el requisito de experiencia como acreditativo de solvencia técnica sino exclusivamente que este no puede convertirse en barrera de la competencia como es el caso.

c) ST de 22 de noviembre de 2016 (JUR/2017/45). Contrato de gestión de servicio público de construcción y explotación de tanatorio. Objeto social de los licitadores

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido contra Sentencia de Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Graus por el que se adjudica la construcción y explotación de tanatorio.

La sentencia de instancia consideró que las mercantiles recurrentes fueron excluidas de la licitación correctamente dado que en virtud de lo establecido en el art. 57.1 TRLCSP el objeto principal del contrato, la explotación de un tanatorio, no se encontraba entre los fines, objeto o ámbito de la actividad de la recurrente, tal y como se desprendía del tenor de sus estatutos.

Frente a la pretensión de las recurrentes de realizar una interpretación flexible del art. 57.1 TRLCSP, la Sala considera que si bien es cierto que este no exige una coincidencia literal de los términos en que se describen las actividades que constituyen el objeto social de la entidad con el tenor literal que describe el objeto del contrato, no puede interpretarse que tenga capacidad para contratar la gestión del servicio municipal de tanatorio una entidad que tiene por objeto social la explotación de toda clase de inmuebles. La recurrente tiene capacidad para la construcción de obra pública pero no la tiene para la prestación indirecta del servicio municipal de tanatorio, que constituye el objeto central del contrato, pues entre las diversas actividades que constituyen su objeto social no figura la de funeraria o tanatorio. No es que no deba exigirse coincidencia literal entre el objeto social y el contractual, es que no existe similitud alguna entre uno y otro.

Por otra parte afirma la Sala que no es posible suplir la inexperiencia mediante la subcontratación ya que solo es posible respecto de prestaciones accesorias.

Asimismo considera que, frente a lo argumentado por las recurrentes de que el TRLCSP no anuda la solvencia técnica del licitador al objeto del contrato, el requisito de solvencia toma como referencia el objeto del contrato de modo que no es posible desvincularlo de él. De la documentación aportada se aprecia la solvencia técnica para la construcción de un inmueble pero no para la gestión de un servicio de tanatorio.

Por último frente a la afirmación de que en los supuestos de UTE basta que las exigencias de solvencia sean cumplidas por una de las entidades concurrentes, reiterando doctrina de la misma Sala considera que los requisitos de capacidad y solvencia deben acreditarse por y en cada una de las entidades que la conforman, sin que los acreditados respecto de una de las entidades acrecen, acumulan y aprovechan a las demás llamadas a integrar la UTE. Tampoco el art. 63 TRLCSP da cobertura a la posibilidad de integración de solvencia por medios externos, pues una cosa es que el licitador pueda basarse en la solvencia y medios de otras entidades y otra distinta es que toda su solvencia radique en la propia de los medios externos de los que pretende valerse.

2. CONTRATOS DE SERVICIOS

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) St de 18 de febrero de 2016 (JUR/2016/84031). Contratos de servicios de seguridad. Pago tardío de facturas. Anatocismo

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra desestimación presunta de solicitud de abono de facturas emitidas por los servicios de seguridad prestados a la Delegación del Gobierno en el denominado

Pabellón de Aragón del recinto de la Exposición Internacional celebrada en Zaragoza el año 2008, expidiendo para ello diversas facturas mensuales.

Tras la presentación por la recurrente ante la Administración de una reclamación de cantidad correspondiente a los meses de agosto de 2010 a marzo de 2011, la Administración procedió al pago de las mismas el día 10 de octubre de 2011 salvo la correspondiente al mes de julio que fue abonada el día 13. En la demanda se reconoce el pago y se mantiene la reclamación del importe de los intereses de demora al efectuarse el pago fuera del plazo legalmente establecido, fijándose en 4768 euros o subsidiariamente en 4586 más los intereses legales sobre los intereses vencidos al tiempo de la interpelación judicial.

La Sala entiende que procede el abono de los intereses de demora reclamados por el pago tardío de la factura en la cantidad de 5586 reclamados subsidiariamente. Asimismo procede el abono de los intereses devengados por el retraso en el pago de los intereses reclamados desde la fecha de interposición del recurso, hasta su completo pago, anatocismo, al ser determinados y líquidos, puesto que se trata de un incremento sobre la cuantía no discutida de contrario y desde un principio han sido determinables.

b) St. de 23 de marzo de 2016 (JUR/2016/84972). Contrato de servicio de mediación y asesoramiento en contratos de seguros. Determinación de su objeto. Naturaleza. Contraprestación mediante porcentaje

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra Acuerdo del TACPA estimatorio del recurso especial interpuesto contra el procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de mediación y asesoramiento profesional en los contratos de seguros que concierne el Ayuntamiento de Huesca y sus OOAA durante toda su vigencia».

El Acuerdo recurrido consideraba que el pliego confundía la mediación con el verdadero objeto y causa del contrato, que no era otro que el asesoramiento a la hora de valorar en los correspondientes procedimientos las distintas proposiciones de las compañías aseguradoras, así como las necesidades de riesgo a cubrir, y por ello dictaminó la existencia de vicio de nulidad del mismo.

La Sala del TSJ de Aragón coincide inicialmente con el TACPA en que nada impide que el Ayuntamiento pueda celebrar contratos de mediación de seguros y determinar que la retribución consista en un porcentaje de las primas. No obstante, no asume la conclusión de aquel de que la licitación recurrida confunde la mediación con el verdadero objeto y causa del contrato y que por ello, en realidad, no nos encontramos ante una prestación de la categoría 6 del Anexo I del TRLCSP sino ante un contrato público de servicios, pero no de seguros, al limitarse al asesoramiento, siendo por ello un contrato administrativo, debien-

do existir un precio cierto que no podría ser, al no haber mediación, un porcentaje sobre las primas.

Frente al criterio del TACPA la Sala considera que del clausulado contractual se desprende que el objeto del contrato no se limita a una mera labor de asesoramiento sino que incluye la prestación de los servicios propios del corredor de seguros y es acorde con lo que la Ley 26/2006 entiende por mediación. En este sentido una de las cláusulas del contrato, tras calificarlo como contrato privado en virtud de lo establecido en el art. 20 del TRLCSP, prevé que en lo no previsto en los pliegos en cuanto a su preparación o adjudicación se regirá por la ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. En consecuencia lo que se pretende contratar no es solo el mero asesoramiento sino la actividad de mediación, consistente en la asistencia y asesoramiento y demás funciones propias de la mediación, sin que el adjudicatario mantenga vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras.

Por ende, dadas las características del contrato de mediación y vista la jurisprudencia del TS al respecto, que admite que la retribución del contratista sea abonada en forma de comisión por las compañías aseguradoras sin que la Administración tenga que abonar contraprestación alguna por la prestación que recibe del adjudicatario, la sala estima el recurso y anula el acuerdo del TACPA impugnado.

c) ST. de 17 de junio de 2016 (JUR/2016/181130). Contrato de servicios de custodia de edificio. No procede resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Dirección General de Contratación y Patrimonio del Departamento de Hacienda y Administración Pública de la DGA desestimatoria del recurso interpuesto contra la retención del pago de la factura correspondiente al mes de septiembre de 2013 a la empresa contratista del servicio de custodia del edificio Casino Montesblancos de Zaragoza.

La Sala desestima el recurso por considerar que al encontrarnos ante un contrato de arrendamiento de servicios, no conlleva una prestación de resultado. En concreto la producción de daños en las instalaciones objeto de custodia no conlleva per se la imputación de responsabilidad por incumplimiento del deber de vigilancia. La producción de daños por terceros no significa en todo caso que la empresa encargada de dicho cometido haya incumplido el contrato.

En el supuesto enjuiciado el progresivo deterioro de las instalaciones, la ausencia de un plan de mantenimiento de edificio, la no inspección del estado de las instalaciones por la propiedad, así como la accesibilidad por parte de cual-

quiera a las mismas, junto con un contrato que pretende la vigilancia de un recinto de 11.000 m² con un servicio de vigilante de día y otro de noche, deben condicionar el pronunciamiento de la Sala.

La no existencia de partes de incidencias, en ese contexto, no puede ser entendida como un incumplimiento esencial del contrato. La propiedad era concedora de la situación existente. Por ello no considera la existencia de incumplimiento de la prestación contratada, ni del hecho cierto de los desperfectos se puede presumir de los mismos incumplimiento de la prestación de la contratista generador de responsabilidad contractual de los daños sufridos.

d) ST. de 14 de julio de 2016. (JUR/2016/195589). Contrato de servicios de recogida de residuos sólidos urbanos. Inadmisión del recurso. Determinación del dies a quo para la interposición de recurso ante el TACPA

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del TACPA por el que se inadmitió el recurso especial de contratación interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villamayor por el que se adjudicó el contrato de servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y su transporte a centro de tratamiento o de eliminación.

La Sala centra su atención en el art. 44 TRLCSP que previene para la interposición del recurso especial el plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado. En el supuesto enjuiciado el dies a quo fue el día 2 de agosto de 2010, dado que la fecha de registro de salida fue el día 1 de agosto, por lo que en consecuencia finalizaba el día 20 de agosto y sin embargo el recurso especial no se interpuso hasta el día 23 de agosto, por lo que resultó extemporáneo.

e) ST de 27 de octubre de 2017 (JUR/2016/261551). Prórroga de contrato de servicios de transporte de documentación

Dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 1 de Huesca desestimatoria del recurso contencioso administrativo deducido frente a la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Gerente del Sector de Huesca del SALUD por la que se acordaba la prórroga obligatoria del contrato del servicio de transporte de documentación, neveras con analíticas, lencería y paquetería hasta la nueva adjudicación del mismo.

El recurrente consideraba que en aplicación de los arts. 23 y 279.1 LCSP y de la Cláusula 2.1.7 del PCAP la prórroga del contrato será siempre de mutuo acuerdo y por espacio de dos años, discrepando con ello tanto de la resolución recurrida como de la Sentencia dictada.

No se discute por las partes que la Cláusula 2.1.7 del PCAP prevé que el contrato podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo y que la duración máxima de la misma podría ser de hasta 2 años, ni tampoco que la Cláusula 3.2 del PCAP prevé la prórroga unilateral por la Administración y obligatoria para la contratista, con una duración máxima de dos años adicionales. La Sala entiende que se prevén dos tipos de prórrogas, la primera de mutuo acuerdo y por espacio máximo de dos años, en virtud de lo dispuesto en el art. 279 LCSP, y una segunda prórroga que es un privilegio de la Administración, prevista en el art. 23.2 LCSP, que es la que es objeto del presente recurso. La prerrogativa de la Administración ha sido utilizada con cobertura normativa y contractual y con justificación en el interés público, al prorrogarse el servicio hasta finalizar la adjudicación del nuevo contrato para no interrumpir el mismo.

No hay doble interpretación sino una doble prórroga.

En consecuencia confirma la Sentencia de instancia y la actuación recurrida.

f) ST. De 1 de diciembre de 2016 (JUR/2016/277540). Contrato de servicios para la gestión de procedimientos expropiatorios. Modificación versus resolución. El contrato no tiene la consideración de complementario de otro. Indemnización por resolución por desistimiento

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de recurso de alzada frente a la desestimación presunta de petición de resolución de contrato de servicios para la gestión de procedimientos expropiatorios del Proyecto Red del Sector 1 de Teruel.

El Gobierno de Aragón adjudicó el contrato descrito por un plazo de duración de 15 meses, prorrogable por un año adicional. Previamente había adjudicado a una tercera entidad el contrato de concesión de obra pública del Sector TE 1 de la Red de Carreteras de Aragón. Como quiera que se produjeron incidencias que imposibilitaron la aprobación definitiva de proyectos incluidos en el contrato de concesión de obra pública, se acordó por el GA la modificación de las anualidades del contrato de servicios, al estar paralizados los trabajos debido a la situación del contrato de concesión de obra pública.

Dado que el contrato de concesión de obra pública deviene en proceso de resolución por incumplimiento, se propone por la DG de Carreteras del GA la modificación del contrato de servicios para la gestión de procedimientos expropiatorios puesto que se prevé ejecutar por la DG en el futuro algunos tramos comprendidos en el proyecto presentado por la concesionaria con los correspondientes ajustes. La mercantil adjudicataria da su conformidad pero la DG del Servicio Jurídico del GA emite informe que considera que no es posible la modificación porque excede del objeto del contrato pues se añade a la gestión

de expropiaciones la reconfiguración de proyectos de ingeniería, lo que supondría una alteración sustancial del objeto del mismo. Sugiere que por analogía se aplique el concepto de contrato complementario del de concesión. Si el contrato principal se resuelve el contrato de servicios también debería resolverse, no modificarse, por tratarse de un contrato complementario de otro que va a quedar extinguido.

Por la DG de Carreteras, sin que quedara constancia fehaciente de ello, se propone a la contratista una propuesta de resolución contractual de mutuo acuerdo, con una indemnización por importe de 2500 euros. La contratista manifiesta su disconformidad con la propuesta de resolución, en particular con la indemnización planteada, solicitando la extinción del contrato por resolución y solicitando una indemnización del 10 % del importe del contrato no realizado y el abono íntegro de lo realizado. Ante el silencio, entiende que se ha denegado su pretensión e interpone recurso de alzada frente a la denegación presunta. Contra la denegación presunta de este se interpone recurso contencioso administrativo.

La primera cuestión que aborda la Sala es la naturaleza del contrato controvertido. A su juicio en ningún momento ni de las cláusulas del PCAP ni del PTT se observa que se califique el contrato como subordinado o auxiliar de otro concreto contrato. En consecuencia no puede ser considerado complementario, ya que cuenta entre su objeto gestionar expropiaciones derivadas de proyectos ya en marcha al tiempo de adjudicarse el contrato, al margen del contrato de concesión de obra pública, y porque en ningún momento se ha planteado dicho carácter, como lo acredita que se pretende su modificación. Y si eso es así es porque lleva vida independiente de otro contrato. Lo que la Administración pretende con su calificación como complementario, a través de una interpretación errónea, no es sino la exoneración de una responsabilidad que el art. 279 LCSP no contempla. Dicho artículo se refiere a la duración de un contrato complementario de otro de obra o de suministro, que sigue a la del principal, pero no a las consecuencias derivadas de la extinción del mismo.

En consecuencia no puede considerarse que el contrato de servicios de gestión de las expropiaciones pueda considerarse complementario, ni que la resolución automática de este en la hipótesis de su complementariedad del de concesión de obra pública, cuando este es resuelto por causas imputables al concesionario, exima de toda responsabilidad a la administración contratante.

En segundo lugar, frente a la pretensión indemnizatoria de la actora descrita la Administración en su contestación a la demanda plantea subsidiariamente la viabilidad de la causa de resolución prevista en el art. 284.a) LCSP que daría derecho a una indemnización del 5% del precio del contrato. La cuestión radica

en determinar si solo ha existido suspensión del contrato superior a 6 meses o si nos encontramos ante un desistimiento por parte de la Administración. En este sentido si bien el TS admite la existencia de desistimientos tácitos, ha de realizarse una valoración cautelosa de los hechos de forma que ha de desprenderse de los mismos una clara voluntad administrativa en ese resultado.

En el supuesto enjuiciado la Administración no plantea la resolución, sino su modificación, porque contempla la inviabilidad del contrato de obra pública. Conoce que el contrato que pretende modificar no puede serlo, y estando incurso en causa de resolución no lo hace. No puede continuar en el contrato original, ni puede realizar la modificación pretendida, debe resolverlo pero tampoco lo hace. No incoa expediente de modificación alguno, se limita a un traslado de propuesta de resolución de mutuo acuerdo, no fehaciente, que tiene por respuesta un requerimiento de resolución con propuesta de resolución por desistimiento, que no recibe respuesta alguna.

La imposibilidad conocida por la Administración de continuación del contrato, unida a la ausencia de actividad en ningún sentido, permiten deducir la voluntad de desistimiento de la Administración que conlleva acordar la resolución del contrato por dicha causa declarando el derecho del recurrente al importe de los trabajos realizados hasta el momento, sumado al importe derivado de aplicar el 10% al importe de los trabajos dejados de realizar, de conformidad con el art. 285.2 LCSP

III. DOCUMENTACIÓN

1. SERVICIOS PÚBLICOS

A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) Dictamen 28/2016. Resolución de contrato de concesión de la explotación, atención y gestión del camping municipal La Estanca suscrito por el Ayuntamiento de Alcañiz (Teruel)

El Ayuntamiento de Alcañiz adjudicó el mencionado contrato con fecha marzo de 2005 a favor de una persona física, autorizando posteriormente su cesión a favor de un nuevo adjudicatario, condicionada a la subrogación de este en todas y cada una de las obligaciones del adjudicatario inicial.

En el anterior informe, integrado en el *Anuario* del año 2015, se analizó el Dictamen 138/2015, emitido como consecuencia del expediente de resolución contractual incoado por el mencionado Ayuntamiento por incumplimiento de condiciones esenciales del contrato por parte del nuevo adjudicatario, que declaró la caducidad del procedimiento.

Con fecha 9 de noviembre de 2015 el Ayuntamiento de Alcañiz inicia un nuevo procedimiento de resolución contractual por idénticas circunstancias, en el que consta la oposición del contratista.

El Consejo considera que la propuesta de resolución es ajustada a Derecho ya que el contratista no ha pagado los cánones contractuales, no ha abonado diversos tributos, no ha asumido los pagos de los suministros eléctricos y no está probado que haya pagado el seguro, a pesar de los sucesivos requerimientos para ello efectuados por el Ayuntamiento.

Dado que dichas obligaciones están incluidas en las Bases del PCAP, el contratista ha incurrido en el incumplimiento contractual de obligaciones contractuales esenciales previsto en el art. 113.3.g) TRLCAP, vigente en el momento de adjudicación del contrato. El hecho de que el Ayuntamiento no haya dado cumplimiento a obligaciones de compensación de facturas a las que se había comprometido, no es óbice, para que se aplique la causa de resolución, ya que el posible incumplimiento de la Administración de alguna condición contractual no habilita al contratista para incumplir sus obligaciones.

En consecuencia considera adecuado proceder a la resolución del contrato.

b) Dictamen 33/2016. Resolución de contrato de concesión de Área de Acampada suscrito por una Entidad Local Menor

La ELM El Temple adjudicó el año 2006 el contrato de concesión administrativa del Área de Acampada de El Temple y de las dependencias de la zona de bar. El año 2010 la citada entidad local acordó autorizar la cesión del contrato a una tercera mercantil, con la expresa subrogación del cesionario en cuantos derechos y obligaciones correspondían al cedente. A juicio de la Entidad Local se han incumplido las obligaciones contractuales esenciales establecidas en el PCAP tales como la satisfacción total del canon concesional, la constitución de aval bancario y la aportación de la documentación del contrato de seguro. En concreto aduciendo el impago de parte del mencionado canon y la no presentación de aval bancario acordó la resolución del contrato.

A juicio del Consejo, si bien el pago del canon no ha sido descrito en el PCAP como esencial, dicha «esencialidad» es reconocida en resoluciones jurisdiccionales que aluden al pago del canon concesional. Otra cuestión es la relativa al incumplimiento de la obligación de la presentación del aval bancario, que no es una obligación principal sino meramente accesoria. En este sentido recuerda la STS de 22 de marzo de 1993 que considera que el incumplimiento de la obligación accesoria no es suficiente para justificar el incumplimiento de las obligaciones fundamentales que nacen del contrato.

En relación con la obligación del pago del canon, destaca que no es lo mismo un impago esporádico que un impago reiterado. Para poder ejercitar la potestad resolutoria es necesario un impago del canon que sea reiterado y evidente. En el supuesto dictaminado nos hallamos ante el impago del canon del ejercicio 2015, que la Administración entiende que debe ascender a 42.000 euros y el interesado entiende que asciende a la cantidad de 27.000 euros de los que ha ingresado 15.000 euros. En concreto concurren una serie de causas particulares, aducidas por el contratista, tales como que los ejercicios 2010 y 2011 se satisfizo el canon concesional de 21.000 euros en lugar de 42.000 euros, que era el que debía abonarse hasta el año 2013, y que en los años 2014 y 2015 se han pagado 15.000 euros de los 27.000 euros que tenían que pagarse, a cambio de que el concesionario ha invertido más de 200.000 euros en obras, todo en virtud de pacto verbal conocido por el Alcalde, dos concejales y la Secretaria de la entidad.

Tras las correspondientes aclaraciones se da por acreditado que se consentía por la Entidad Local Menor que no se ingresase la totalidad del precio estipulado a la espera de justificar las obras a las que el contratista se había comprometido.

El Consejo da por acreditado que contraviniendo la prohibición de contratación verbal, establecida en el art. 55 TRLCAP, se modifica por la vía de hecho un contrato administrativo estableciendo una reducción del canon concesional a cambio de las realización de unas obras, y que ante un cambio en la composición de la entidad local menor se opta por exigir el canon como si no hubiese existido la modificación mencionada, ante lo que el concesionario se encuentra disconforme.

A pesar de resultar ignorado el importe del canon comprometido y su duración y el contenido concreto de la contraprestación asumida a cambio por el concesionario, el Consejo entiende que efectivamente existió una reducción del canon y que la Administración ofreció una imagen fiable sobre el mantenimiento del mismo, creando con ello la confianza legítima del concesionario en el nuevo importe del canon. Si bien la seguridad jurídica y la confianza legítima no configuran un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino solo unos principios jurídicos, ello no impide su plena aplicación, máxime cuando confluyen con otros principios como el de congruencia, equidad, proporcionalidad, buena fe, y la evitación del enriquecimiento injusto.

Por ello a juicio del Consejo no procede alterar el marco en el que se ha desenvuelto la relación contractual en los últimos años sin explicación alguna ni prueba de la Administración o aportación de datos sobre el equilibrio económico de la concesión, debiendo guardar la administración la adecuada propor-

ción entre la naturaleza del incumplimiento y las consecuencias del mismo. En particular resalta que la gravedad o esencialidad del incumplimiento debe calificarse en virtud de la posibilidad de obtener o no el fin perseguido del contrato.

Por todo ello, no constando que el canon concesional exigible por el ejercicio 2015 deba corresponder de forma inexcusable con el importe que reclama la Entidad Local Menor, no constando tampoco que exista un obstáculo que impida en el tiempo el pago que ha de ser realizado, ni una voluntad deliberadamente rebelde de impago, ni la imposibilidad de conseguir el fin perseguido en el contrato, el Consejo no puede pronunciarse de forma favorable a la resolución contractual pretendida.

c) Dictamen 108/2016. Modificación de un contrato de gestión de servicios públicos de los servicios de hospitalización de media y larga estancia en régimen de internamiento y atención ambulatoria a enfermos crónicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón

En virtud de un contrato suscrito con el Hospital San Juan de Dios de Zaragoza, esta entidad se compromete a realizar la mencionada gestión de servicio público, mediante la modalidad de concierto, estando distribuido el precio del contrato en cinco anualidades. Ante el incremento de la actividad, justificado por el Director General de Asistencia Sanitaria del GA, se propone la modificación del mencionado contrato, que cuenta con la conformidad de la Directora Gerente del mencionado Hospital, en el sentido de proceder a la ampliación de 40 camas señalando como precio mensual el importe de 100.000 euros. El Consejero de Sanidad del GA acuerda la incoación del expediente de modificación y posteriormente recaba el correspondiente dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Aragón, al suponer una modificación contractual de cuantía superior a un 20% del precio primitivo del contrato, en virtud del art. 211.3.a) del TRLCSP.

El Consejo constata que en el expediente tramitado al efecto no se ha efectuado el trámite de audiencia. No obstante consta que la intención de modificación del contrato fue comunicada a la contratista con anterioridad al inicio del expediente de modificación y la contratista mostró su conformidad.

Si bien en el escrito de conformidad no se hace referencia al número y tipo de trabajadores que será necesario contratar para ejecutar la modificación pretendida, el aumento de plantilla se prevé en el Anexo del PCAP como una de las condiciones de la modificación, quedando obligada la contratista por la firma del contrato a lo dispuesto en aquel.

Si bien lo deseable hubiera sido realizar un trámite de audiencia previa una vez iniciado formalmente el procedimiento, al ser una modificación expresamente prevista en el PCAP con detalle suficiente, habiendo presentado la con-

tratista una oferta económica en relación con la modificación que ha debido tener en cuenta dichas condiciones, se presume que existe la conformidad de la misma.

En definitiva se trata de efectuar una modificación contractual prevista expresamente en el PCAP que cumple escrupulosamente con lo preceptuado en el art. 106 TRLCSP, por lo que el Consejo informa favorablemente su aprobación.

B. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

a) Informe 8/2016, de 20 de abril. Modificación de un contrato de gestión de servicio público para introducir nuevas prestaciones

El Alcalde del Ayuntamiento de Barbastro solicitó informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre la posibilidad de modificación del contrato de gestión de servicio público de abastecimiento de agua del casco urbano. Desde el año 2002 el Ayuntamiento de Barbastro gestiona dicho servicio mediante un contrato de concesión de gestión de servicio público que tiene prevista una duración de 25 años, realizando la prestación de idéntico servicio en el polígono industrial de la localidad y en otros núcleos urbanos pertenecientes al municipio directamente por la propia entidad local. El Ayuntamiento consulta sobre la posibilidad de integrar en la mencionada concesión la prestación del servicio no incluido en ella, a través de una hipotética modificación contractual.

La primera cuestión que aborda la Junta radica en determinar la legislación aplicable dado que la concesión se otorgó durante la vigencia del TRLCAP, aprobado mediante RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En aplicación de la D.T. Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, LCSP, la cuestión planteada ha de resolverse a la luz de lo preceptuado en el mencionado R.D. Legislativo, en el que se permite la introducción de modificaciones contractuales solo por razones de interés público siempre que respondan a necesidades nuevas o causas imprevisibles. En todo caso, si bien existe un amplio margen para la Administración, la posible modificación está sometida a estrictos límites, tales como los principios de libre concurrencia y buena fe.

La Junta entiende que la eventual concurrencia de razones de interés público que respondan a necesidades nuevas o causas imprevistas, prevista en el art. 101 TRLCAP hace referencia a la imprevisibilidad entendida en sentido estricto y no a la mera improvisación o falta de diligencia. En el supuesto informado se observa que la coexistencia de formas de gestión distinta del servicio de abastecimiento fue una opción consciente y voluntaria de la corporación municipal, fundada en la titularidad de las redes e instalaciones, por lo que no puede hablarse de necesidades nuevas o causas imprevistas.

Junto a ello, ha de ponderarse igualmente el posible impacto de la modificación pretendida en las reglas de licitación, en concreto si las altera o no de modo sustancial. El contrato suscrito se adjudicó mediante procedimiento negociado, al considerarse que el sistema de abastecimiento del casco urbano estaba formado por instalaciones y redes del propio Ayuntamiento y de la empresa concesionaria prestataria del servicio, de forma que el sistema no podía funcionar sin la integración y acoplamiento de las mismas. En consecuencia no fue posible la promoción de concurrencia. Las restantes instalaciones y redes, del polígono industrial y restantes núcleos urbanos, tenían características diferentes, y por ello fueron gestionadas de forma directa por el Ayuntamiento. La modificación propuesta supondría un cambio sustancial de las reglas de licitación al conllevar una alteración sustancial del objeto del contrato, ampliándose a servicios excluidos expresamente por poseer características diferentes.

En consecuencia la Junta informa desfavorablemente la pretendida modificación.

b) Informe 12/2016, de 20 de junio. Aplicación de la Ley 31/2007 de contratos en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales a los concesionarios y empresas mixtas en el ámbito del transporte público local

El Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza consulta sobre la aplicabilidad a la empresa concesionaria del transporte público por autobús y a la sociedad de Economía Mixta Los Tranvías de Zaragoza de la Ley 31/2007.

La Junta expone que la LPCSE, al igual que la Directiva 2004/17/CE establece que su ámbito objetivo de aplicación además, de los tradicionales poderes adjudicadores, se extiende a empresas privadas que ejercen actividades en alguno de los sectores comprendidos en las mismas y gocen de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro. El problema radica en determinar cuándo una empresa privada tiene o no derechos de dicha naturaleza. Para la Directiva se entienden como derechos exclusivos o especiales los concedidos por autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad regulada y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades para ejercer la actividad.

La LPCSE traspuso la Directiva europea y en su D.A. segunda enumera las entidades que deben sujetar su actividad a la misma, siendo evidente a juicio de la Junta que la entidad concesionaria de transporte público de viajeros de Zaragoza y la sociedad de Economía Mixta Los Tranvías de Zaragoza tienen condi-

ción de entidad adjudicadora y por ello deben aplicar en sus contratos las reglas procedimentales de la Ley 31/2007, si superan los umbrales establecidos.

En segundo lugar la Junta se plantea la incidencia que la nueva regulación establecida por las Directivas de contratación pública pudiera tener en la cuestión planteada. A su juicio las definiciones de derecho especial o derecho exclusivo contenidas en la Directiva 2014/23/UE, que gozan de efecto directo, suponen que los sistemas de gestión indirecta de servicios públicos locales en tanto conllevan un monopolio de explotación son un claro ejemplo de derechos exclusivos, por lo que las entidades concesionarias o sociedades de economía mixta han de tener la consideración de entidades adjudicadoras. No obstante la Directiva establece que los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de publicidad adecuada, no constituirán derechos especiales o exclusivos, y a continuación concreta que entre tales procedimientos estarían incluidos los contratos de servicios en el sentido del Reglamento 130/2007 para la prestación de servicios públicos de transporte por autobús, tranvía, ferrocarril o metro que se hayan adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación siempre que su duración sea de 10 años para servicios de autobús y 15 años para ferrocarril u otros medios ferroviarios, más prorroga.

La consecuencia de ello es que los concesionarios o entidades en que concurren derechos especiales pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la norma, si se cumplen los requisitos expuestos. La cuestión en esta ocasión consiste en determinar si esta previsión resulta de aplicación en España, y la Junta considera que al no haberse transpuesto la Directiva no puede considerarse desplazada la mencionada D.A. segunda de la LPCSE, al no cumplir con las exigencias para desplegar efecto directo, consistentes en que sea suficientemente precisa e incondicionada. Por ello los poderes adjudicadores y entidades adjudicatarias no pueden acogerse al efecto directo de dichos preceptos no transpuestos.

En consecuencia en tanto no se produzca la mencionada transposición resulta de aplicación a las entidades reseñadas la Ley 31/2007.

c) Informe 16/2016, de 20 de julio. Prórrogas y modificaciones en los contratos de gestión de servicios públicos

El Director Gerente del SALUD plantea a la Junta Consultiva una serie de cuestiones sobre la posibilidad de que un concierto para la prestación de un servicio público de asistencia sanitaria, sea prorrogado obligatoriamente para el contratista por razones de interés general, si en el contrato se prevé que la prórroga sea acordada de muto acuerdo; sobre si, en su caso, cabría que la prórroga conlleva-

ra el incremento del precio para absorber el incremento de los costes salariales; y si existe la posibilidad de continuar la prestación del servicio por la empresa adjudicataria, aun sin contrato, en tanto se adjudica uno nuevo.

En primer lugar la Junta destaca la incorrecta calificación del contrato realizada en su momento, dado que al faltar la traslación de riesgos al contratista, nos encontraríamos no ante un contrato de servicio público sino ante un contrato de servicios. La falta de asunción de riesgos por parte del contratista, parece evidente toda vez que el sistema de pago del precio lo es a tanto alzado, repartido en pagos mensuales.

Asimismo en base a la Directiva 2014/24/UE la gestión de estos servicios puede llevarse a cabo mediante fórmulas no contractuales. Los denominados servicios a las personas, principalmente servicios sociales, sanitarios y educativos, pueden ser prestados libremente por las administraciones competentes, ya sea prestándolos por sí mismos o mediante instrumentos no integrados en los contratos públicos. Por ende, la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan dichas autoridades para la gestión de los servicios a las personas.

En segundo lugar, respecto de la posibilidad de establecer una prórroga obligatoria para el contratista, la Junta recuerda que el art. 278 TRLCSP, en relación con la duración de los contratos de gestión de servicios públicos no contempla ninguna especialidad respecto de lo previsto en el art. 23.2 del mismo texto. En cambio el art. 279.1 TRLCSP sí la establece respecto de los contratos de servicios en la que se prevé la posible previsión en el contrato de su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización. Si bien la calificación del contrato sobre el que se consulta, como de gestión de servicio público, fue inadecuada, dado que el procedimiento licitatorio se sometió a las especificidades de dicha calificación, el régimen jurídico de las prórrogas a aplicar ha de ser el de dicha tipología contractual, es decir el régimen general previsto en el art. 23 TRLCSP, sin la especialidad prevista para los contratos de servicios.

En el supuesto consultado en el articulado del contrato se introdujo la previsión de una prórroga por mutuo acuerdo, sin que la misma figure en el PCAP. A juicio de la Junta dicha previsión resulta inadmisibles en virtud del art. 23.2 TRLCSP ya que la regla de la obligatoriedad de la prórroga solo puede ser excepcionada si el contrato expresamente prevé lo contrario, debiendo entenderse que con dicha expresión se refiere a los pliegos. Y ello porque la inclusión a posteriori, en el texto del contrato, resultaría una variación de una condición esencial de la licitación, dada la íntima conexión que la prórroga tiene con la duración del mismo.

Por ello no cabría una prórroga acordada de mutuo acuerdo, siendo solo posible la aplicación del régimen general de que la prórroga resulta obligatoria para el empresario cuando lo acuerde el órgano de contratación.

En tercer lugar, en relación con la posible modificación del contrato para proceder a su reequilibrio económico como consecuencia de un incremento de los costes salariales, tras entender que resulta de aplicación el régimen jurídico de la modificación contractual contenido en la LCSP, en su versión anterior a la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible, vigente en el momento de aprobarse el expediente de contratación, si bien interpretada en coherencia con las Directivas y jurisprudencia europea, entiende que la misma supondría una modificación de condiciones esenciales del contrato expresamente excluidas en el PCAP.

Asimismo entiende que la modificación planteada debiera resultar acorde con lo establecido respecto de los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el art. 258 LCSP, entre los que no figura el incremento de los costes laborales. En todo caso dicha finalidad pudiera articularse a través de la revisión de precios, si bien el art. 77 LCSP, al regular las fórmulas de revisión de precios a prever en los pliegos, expresamente excluye de ellas los costes de la mano de obra, los costes financieros y los gastos generales o de estructura y el beneficio industrial, criterio ya fijado por la JCC del Estado en su informe 25/2006. En consecuencia entiende que el posible incremento de los costes laborales durante la ejecución del contrato debe ser contemplado por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas.

Por último, en cuarto lugar, destaca que la normativa sobre contratación no contempla la posibilidad de ordenar a la empresa adjudicataria la continuidad del servicio sin contrato administrativo hasta la nueva adjudicación del mismo. Todo ello con independencia de que en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se prevea la posible prórroga del mismo, en determinadas circunstancias, hasta su nueva adjudicación.

d) Informe 19/2016, de 28 de septiembre. Delegación por un Ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales

El Ayuntamiento de Jaca solicita informe sobre la posibilidad de delegar en un consorcio para la gestión de residuos sólidos urbanos, en el que está integrado, la limpieza de las instalaciones municipales, ampliando para ello el objeto social del consorcio y estableciendo la correspondiente contraprestación por el servicio prestado.

Una vez aclarado por la Junta que la consulta planteada no versa sobre una posible delegación sino sobre una atribución de la gestión de ciertos servicios

en el consorcio, caracteriza a este como una figura organizativa de cooperación administrativa, que cuenta con un amplio ámbito objetivo, que comprende actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos, entre otras, y que tiene como límite que dichas actividades estén comprendidas en el marco de competencia de las administraciones implicadas. De forma que solo el titular de la competencia la puede encomendar, y la naturaleza pública del servicio ha de ser indubitable.

La Jurisprudencia del TJUE excepciona de la normativa de contratación a los acuerdos de cooperación entre entidades públicas cuando concurren una serie de requisitos, y en ese sentido se manifiesta el orientativo y no vinculante *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores*. Entre las tres formas de actuación de las Administraciones para llevar a cabo las tareas de interés público, se prevé la denominada cooperación público público, y entre los instrumentos de esta se integran los propios de la cooperación horizontal que nos ocupa. Dichos instrumentos de colaboración pública, para entenderlos excluidos de la normativa de contratación pública, deben cumplir una serie de requisitos, que la jurisprudencia comunitaria ha determinado en que solo intervengan poderes adjudicadores que no cuenten con participación de capital privado; que el objetivo sea desempeñar una tarea de servicio público, que compete a todas las partes cooperantes; que se rija solo por razones de interés público, que no conlleve transferencias financieras entre las partes salvo las de reembolso de costes reales y que las partes cooperantes no desarrollen actividades de mercado en el marco de la cooperación. Para la Junta el consorcio es una fórmula organizativa de cooperación, al que se encomienda la gestión de un servicio, pero la responsabilidad sobre dicha competencia se retribuye por los organismos públicos encomendantes.

Por su parte en la nueva Directiva sobre contratación pública se prevé dentro de la denominación «contratos públicos entre entidades del sector público», la colaboración horizontal a la que estamos haciendo referencia. Dicha cooperación para ser identificada como tal exige que abarque a actividades de responsabilidad de servicio público asignadas a las entidades participantes; que deben basarse en consideraciones de interés público; que las entidades públicas cooperantes no realicen actividades conjuntas a través de esta fórmula que supere el 20% de la totalidad del volumen de contratos que debieran contratar con sujeción a las directivas comunitarias.

En este marco expuesto la Junta entiende, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria, que en la prestación planteada, limpieza de los edificios municipales, concurren todos los requisitos de un contrato de servicios típico, al tra-

tarse de un contrato oneroso con un objeto de servicios incluido en el Anexo II de la Directiva. Asimismo afirma que el contrato no corresponde a ninguno de los tipos que siendo celebrados por entidades públicas no entran en el ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación, ya que la tarea atribuida no forma parte del ejercicio del poder público, no es un servicio público de competencia del municipio. En concreto afirma que la limpieza de los edificios del Ayuntamiento no puede quedar excluida de la aplicación de la normativa de contratación, al amparo de una atribución de su ejercicio en el consorcio a cambio de una contraprestación, con independencia de que este amplíe el objeto social para incluir dicha actividad.

Por último, sobre la posibilidad de encomienda de dicha actividad al consorcio, en base a considerarla excluida de la normativa contractual por considerarlo como medio propio del Ayuntamiento consultante, la Junta considera que no concurre la condición de medio propio establecida en la jurisprudencia y en el art. 24.6 TRLCSP, dado que el Ayuntamiento de Jaca no ejerce sobre aquel un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y el consorcio no realiza el grueso de su actividad con dicho Ayuntamiento.

2. CONTRATOS DE SERVICIOS

A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) Dictamen 10/2015. Resolución del contrato de servicios de Dirección de las obras de construcción de un nuevo Hospital de Teruel

El contrato fue adjudicado mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 27 de mayo de 2013 teniendo un plazo de ejecución igual al de duración de las obras de construcción del nuevo Hospital de Teruel. Posteriormente el contrato de obra pública de construcción de nuevo Hospital de Teruel es resuelto y como consecuencia de ello por el Director Gerente del SALUD se efectúa propuesta de resolución del contrato de Dirección de las mencionadas obras (arquitecto y arquitecto técnico) como consecuencia del carácter complementario del mismo respecto del contrato de construcción del mencionado Hospital. Como quiera que por el contratista se formula oposición el Consejero de Sanidad recaba el preceptivo informe del Consejo Consultivo.

La cuestión controvertida radica en la procedencia o no de la causa de resolución invocada por la Administración, consistente en la resolución del contrato principal, de ejecución de las obras para la construcción del nuevo Hospital de Teruel, del que el de dirección de obras es considerado complementario. A juicio del Consejo resulta indubitable que la categoría de contrato complemen-

tario establecida en el art. 303.2 del RLCSP resulta de aplicación al supuesto analizado.

Frente a la oposición planteada por el contratista que considera que la complementariedad del contrato de dirección de obra debe analizarse en relación con la ejecución de la obra del Hospital y no con el contrato específico de construcción suscrito con la contratista de la obra y que ha sido objeto de resolución, el Consejo considera que si finalmente se construye el Hospital será de conformidad con un proyecto de obra distinto, que requerirá una dirección de obra diferente de la que constituye el contenido del contrato cuya resolución se pretende.

En consecuencia el Consejo entiende que existe causa de resolución suficiente en virtud de lo establecido en el art. 308.c) TRLCSP.

En relación con los efectos de la resolución, la propuesta realizada por la Administración pretende proceder a la devolución de la fianza definitiva y el abono de 1360 euros por los gastos de anuncios de licitación, por considerar que no procede abonar indemnización por los servicios prestados, puesto que no había comenzado la ejecución del contrato. Si bien el art. 308 TRLCSP no recoge la obligación de indemnizar al contratista en el caso de resolución de un contrato complementario por resolución del contrato principal, el Consejo considera que la resolución tiene su origen en una causa imputable a la Administración, perjudicando con ello al contratista. Por ello entiende que los motivos de la resolución del contrato de dirección de obra son inescindibles de la resolución del contrato principal. Como quiera que este fue resuelto por demora en la comprobación del replanteo, prevista en el art. 237.a) TRLCSP, y que los efectos de dicha causa de resolución son los establecidos en el art. 239.2 TRLCSP, derecho del contratista a una indemnización equivalente al 2 por ciento del precio de la adjudicación, corresponde a la entidad encargada del contrato complementario ser indemnizada del mismo modo que el contratista principal.

b) Dictamen 11/2016. Resolución del contrato de servicios de Dirección de Instalaciones de las obras de construcción de un nuevo Hospital en Teruel

Nos encontramos ante una situación similar a la informada en el Dictamen del Consejo Consultivo comentado con anterioridad. En esta ocasión nos encontramos ante la resolución del contrato de servicios de Dirección de las instalaciones de las obras de construcción del nuevo Hospital en Teruel, con expresa oposición del contratista. La resolución del contrato de obras para la construcción del Hospital, a instancia de la contratista por demora en la realización de la comprobación del replanteo, conlleva para la Administración la resolución ex legem del contrato que nos ocupa, al considerar que es un contrato complementario de aquel.

El Consejo, como no podía ser de otra forma, hace extensible la fundamentación expuesta en el Dictamen anterior al nuevo supuesto informado. En consecuencia informa favorablemente la resolución del contrato de servicios por considerarlo complementario del de obras de construcción del Hospital, y entender que de construirse efectivamente el Hospital se hará en base a un proyecto diferente que, por ende, requerirá una dirección de instalaciones también distinta.

En relación con los efectos de la resolución, se ratifica en el derecho del contratista a una indemnización similar al contratista del contrato principal, es decir el 2% del precio de adjudicación.

c) Dictamen 12/2016. Resolución del contrato de Coordinación de seguridad y Salud de las obras de construcción del nuevo Hospital en Teruel

Al objeto de evitar reiteraciones innecesarias únicamente reseñar que nuevamente el Consejo informa favorablemente la resolución del contrato de servicios, al considerarlo como complementario del de ejecución de las obras ya resuelto, en virtud de lo establecido en el art. 308.c) TRLCSP, y reconoce el derecho del contratista a la percepción de una indemnización del 2% del precio de adjudicación.

d) Dictamen 202/2016. Resolución de contrato suscrito por la Diputación Provincial de Zaragoza para la realización de los trabajos del PGOU de Gallur

La Diputación Provincial de Zaragoza propone la resolución del contrato de servicios suscrito para la realización del PGOU de Gallur por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales por el contratista, en concreto la obligación de dedicar o adscribir a la ejecución los medios personales o materiales que se hayan contemplado en la oferta, prevista como condición esencial del contrato, y la obligación de subsanar la documentación del PGOU de acuerdo con las objeciones planteadas por los organismos que emitieron sus respectivos informes.

El Consejo da por acreditado el incumplimiento por el contratista de la cláusula 18 del PCAP, que establece como obligación esencial la adscripción al equipo redactor de una serie de personas con determinada calificación y el procedimiento para proceder, en su caso, a su sustitución previa autorización de la Diputación Provincial. La persona designada por la contratista para determinada actividad se jubiló y se incumplió por la contratista el procedimiento de sustitución de la misma contractualmente previsto.

Asimismo da por acreditado que el contratista incumplió la obligación contenida en la cláusula 2 del PCAP, que somete la ejecución del contrato a lo esta-

blecido, entre otras normas, en la Ley Urbanística de Aragón, el Reglamento de desarrollo de la misma y las prescripciones de textos legales de aplicación urbanística que pudieran ser promulgadas durante el periodo de vigencia del contrato. En dicha normativa se establece la obligación de incorporar al documento en tramitación las modificaciones necesarias, tras la emisión de los correspondientes informes sectoriales, para poder acordar la aprobación provisional. El Consejo entiende que el análisis de los informes sectoriales y de las modificaciones necesarias dimanantes de los mismos, forman parte del objeto del contrato.

Frente a la alegación formulada por la contratista de que si la Administración ha abonado las facturas giradas para el pago de los servicios contratados es porque considera que el objeto del contrato está cumplido, el Consejo da por acreditado que todavía existen pendientes de pago una de las partes en las que se había estructurado el objeto del contrato, consecuencia de que no se han ejecutado por el contratista.

En consecuencia informa favorablemente la resolución del contrato de servicios y considera que procede la incautación de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración en virtud de lo establecido en el art. 203.8 TRLCSP.

B. Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

El alto número de acuerdos relativos a contratos de servicios adoptados por el TACPA durante el año 2016 motiva que circunscribamos nuestros comentarios a aquellos que entendemos pudieran tener especial interés para los lectores de este Informe.

a) Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo, por el que se resuelve recurso especial frente al procedimiento de licitación Servicio de proyección de cine en el Teatro de Bellas Artes de la ciudad de Tarazona y asistencia técnica del edificio del Teatro Bellas Artes

La primera cuestión abordada, a efectos de admisibilidad del recurso, es la naturaleza del contrato calificado por la Administración contratante como administrativo especial. El Tribunal entiende que es un contrato de servicios de la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, que al tener un valor estimado superior a 100.000 euros es recurrible, por lo que admite el recurso.

La segunda cuestión abordada es la legitimación de los recurrentes, concejales de la corporación. Tras recordar los acuerdos del TACPA que reconocen la condición de interesados a los concejales de la corporación, salvo que formaran parte del órgano colegiado que hubiera adoptado el acuerdo recurrido, el Tribunal alude al art. 24.4 del RD 814/2015, de 11 de septiembre, que aprueba el Re-

glamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que expresamente reconoce la legitimación de los mismos.

La tercera cuestión abordada es la inclusión de la experiencia como criterio de adjudicación del contrato. El Tribunal recuerda que la experiencia es un criterio de aptitud, y no de adjudicación y reitera la jurisprudencia del TJUE que insiste en dicho extremo y afirma que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratos. Cuestión distinta lo constituye que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido intelectual, resultando para ello relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado.

Por último, la cuarta cuestión controvertida consiste en determinar la corrección o no de la cláusula séptima del PCAP, relativa a la acreditación de la aptitud para contratar, dado que se limita a enumerar todos los medios previstos en el TRLCSP sin concretarlos. El Tribunal entiende que el Ayuntamiento debe indicar no solo los medios de acreditación de la solvencia que considere más adecuados sino que ha de concretar los criterios de selección que precisen, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia técnica y económica que se considera suficiente.

Por todo ello, estima el recurso.

b) Acuerdo 72/2016, de 14 de julio por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a los pliegos de condiciones que rigen la contratación del contrato «Servicio de Gestión y animación del Proyecto de Integración de Espacios Escolares (PIEE) en colegios de educación infantil y primaria», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza

Por una mercantil que, dado el objeto del contrato y el objeto de su actividad social, pudiera tener interés en presentarse a la licitación se interpone recurso especial contra el pliego de condiciones de la contratación del contrato descrito, basado en una serie de motivos que a continuación describimos.

El primer motivo cuestiona la legalidad del sistema de modificación contractual por entender que no se encuentra debidamente delimitado y que vulnera el derecho del contratista a ser oído. En concreto el pliego de condiciones preveía la modificación del contrato como consecuencia de las necesidades detectadas por los directores de los centros o servicios sociales de los barrios o por la creación de un nuevo centro escolar, estableciendo el límite de la misma en el 20% del precio del contrato.

A juicio del Tribunal el motivo no puede prosperar por entender que el pliego cumple con las exigencias de los arts. 105 a 107 TRLCSP. Los pliegos recurridos regulan cómo se debe actuar ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, teniendo en cuenta dicha circunstancia a la hora de determinar el valor estimado del mismo. El Tribunal entiende que no concurre falta de diligencia en la motivación de que pueda existir necesidad de modificación por la necesidad de establecer un PIEE en un nuevo centro educativo, ya que no existen indicios de indebida planificación sobre esta cuestión y resulta suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción. De más difícil justificación resulta la posible modificación por nuevas necesidades detectadas por los directores de los centros, si bien al cumplir con los requisitos de que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato y que sean jurídicamente inevitables y no sean consecuencia de imprevisión o negligencia, se ajusta al marco normativo vigente.

El segundo motivo de impugnación versa sobre la subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus actuales condiciones salariales y laborales, por entender los recurrentes que vulneran los arts. 120 y 32.a) TRLCSP.

El Tribunal entiende que la obligación de subrogación en un contrato es una cuestión de ámbito laboral, de forma que cuando por convenio colectivo o previsión legal se contempla la obligación de subrogación los pliegos de licitación deben necesariamente incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. En ese caso constituye una obligación laboral, indisponible por el pliego. Por ello desestima la pretensión anulatoria del recurso.

Igualmente desestima el recurso por lo que se refiere a la inclusión de la obligación de la subrogación en los pliegos, y la obligación de informar sobre ella, por entender que los pliegos dan puntual cumplimiento a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En relación con la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, el Tribunal considera legal dicha opción al entender que no limita la competencia y pretende dotar con ello de calidad a la prestación del contrato, dando así cumplimiento a la obligación de calidad/precio prevista en la Directiva 2014/24/UE. A su juicio el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego, sin que la ultra-actividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado.

El tercer motivo de impugnación versa sobre un abuso de las prerrogativas administrativas de control en la ejecución del contrato al imponerse, a juicio de

la recurrente, en los pliegos obligaciones que vienen a desnaturalizar un contrato de servicios convirtiéndolo en un contrato de asistencia técnica.

El Tribunal recuerda que las condiciones sociales de los contratos pueden formar parte del diseño del contrato siempre que estén vinculadas al objeto del mismo. No obstante, no resultarán admisibles aquellas que interfieran de forma indebida la política empresarial de las empresas. Las previsiones del pliego impugnadas no quiebran dichas reglas pues se limitan a garantizar la correcta ejecución del contrato y del destino correcto de los pagos que realiza la Administración. En concreto la exigencia de los TC1 y TC2 que acreditan el pago de las nóminas o de justificación detallada de los gastos del contrato, a juicio del Tribunal, son previsiones razonables y necesarias que no erosionan la legítima capacidad de decisión de la empresa. Por ello desestima el motivo de impugnación.

Por último, el cuarto motivo de impugnación, considera que la exigencia de limitar los gastos de gestión y/o beneficio industrial vulnera el principio de riesgo y ventura de todo contrato público, contraviniendo principios constitucionales reguladores de la actividad económica.

Nuevamente el Tribunal desestima el motivo de impugnación por entender que no se produce la infracción denunciada. En un contrato de servicios con fuerte incidencia del factor personal, resulta razonable limitar los costes indirectos de gestión en tanto que permiten garantizar la exigencia de calidad/precio de las ofertas. La comparación con las exigencias que para el contrato de obras contiene el art. 31 RGLCAP hace que el Tribunal considere razonables y no desproporcionadas las previsiones del pliego impugnadas.

En consecuencia desestima íntegramente el recurso interpuesto.

c) Acuerdo 53/2016, de 31 de mayo, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón frente al anuncio y los pliegos que rigen la licitación del procedimiento denominado Prestación del servicio de asesoramiento jurídico individualizado a mujeres, convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer

Con motivo de la publicación en el BOA y en el Perfil del contratante del anuncio de licitación del procedimiento mencionado el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón interpuso recurso especial en materia de contratación en base a una serie de motivos que a continuación se describen.

La primera cuestión planteada es la adecuada calificación del contrato, dado que a juicio de los recurrentes la prestación requerida no se corresponde con un contrato de servicios de los sujetos al TRLCSP.

A juicio del Tribunal ninguna duda cabe en cuanto a la calificación del contrato como contrato de servicios de los regulados en el art. 10 TRLCSP. Los servicios jurídicos al sector público no tienen una regulación específica y se consideran, como los restantes contratos de servicios, prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro. Como eso es así el Anexo II del TRLCSP clasifica dichos servicios como categoría 21.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su nueva regulación de esta tipología contractual determinó el carácter amplio y residual del contrato de servicios. De forma que si bien hasta ese momento se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y los de gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación en la actualidad resulta insuficiente este criterio de diferenciación, estando en presencia de un contrato de servicios cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación. En consecuencia el Tribunal desestima el recurso de impugnación y confirma la calificación del contrato.

En relación con el segundo motivo de impugnación, que considera que nos encontramos ante uno de los supuestos de exclusión establecidos en el art. 10.d) de la Directiva 2014/24/UE, el Tribunal va a proceder nuevamente a su desestimación.

El Tribunal argumenta que el mencionado artículo de la Directiva no tiene efecto directo ya que sería aplicable la prohibición del efecto directo vertical descendente, de modo que no podrían ampararse los poderes adjudicadores en estas normas para eludir la obligación general de tramitar un procedimiento con publicidad y concurrencia. Todo ello en directa aplicación de los criterios contenidos en el Documento sobre «los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público» elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

Frente a las tesis de los recurrentes el Tribunal considera que la Resolución de 16 de marzo de 2016 de la Dirección General del Patrimonio del Estado no dice que los contratos de asesoramiento jurídico gratuito estén excluidos de aplicación de las normas de los contratos de servicios de la Directiva sino todo lo contrario. Los contratos de servicios jurídicos, entre los que se incluyen los de asesoramiento, están incluidos en los contratos de servicios salvo los enumerados en el art. 10.d) de la Directiva. En todo caso los recurrentes no indican el epígrafe de los enumerados en el art. 10.d) en el que a su juicio debe incluirse el asesoramiento jurídico gratuito e individualizado a mujeres que conlleve su exclusión. Al contrario, expresamente reconocen que no encaja la contratación controvertida en ninguna de las excepciones previstas en dicho artículo.

Por todo ello, al no estar excluidas por el art. 10.d), el Tribunal entiende que este tipo de actividades se encuentran incluidas dentro del Anexo de servicios contemplados en el art. 74 de la Directiva. Al tener dicha consideración, en aplicación del efecto directo de las Directivas, tendrán la consideración de contratos de servicios, sujetos a regulación armonizada, los que tengan un valor estimado al umbral comunitario y no únicamente los que teniendo un valor estimado superior a aquel umbral estén recogidos en las categorías 1 a 16 del Anexo del TRLCSP.

El tercer motivo de impugnación se fundamenta en que la prestación pretendida debe ser recanalizada por la vía de los convenios prevista en el art. 4 TRLCSP.

El Tribunal, tras destacar que el objeto de los convenios de colaboración a los que hace referencia el art. 4 TRLCSP no es el intercambio de prestaciones patrimoniales sino el desarrollo de una actividad en común, recuerda que el TRLCSP prevé que los convenios de colaboración no proceden cuando la prestación es una de las prestaciones comprendidas en el ámbito objetivo del mismo y tienen carácter oneroso. De forma que, tal como afirmó la STJUE de 13 de enero de 2005, el convenio no puede servir de instrumento para eludir las normas de contratación pública. En consecuencia no pueden considerarse susceptibles de un convenio de colaboración las prestaciones que incluyen el objeto de un contrato público de servicios de asesoramiento jurídico individualizado a mujeres, tal y como se definen en los pliegos de la licitación, por expresa prohibición del art. 4.1.c) y d) del TRLCSP.

Ciertamente los colegios profesionales integran la denominada Administración corporativa, y por ende tienen naturaleza pública, pero la mayor parte de sus actividades son de naturaleza privada y se encuentran sometidos como cualquier operador económico a las normas de contratación pública. Junto a ello no puede afirmarse que la prestación de los servicios jurídicos no está descrita como objeto de ningún contrato del sector público, al contrario lo está en el ámbito de aplicación de los contratos de servicios, y tampoco puede afirmarse que el contrato cuyos pliegos se recurren carezca de interés patrimonial. En consecuencia nos encontramos ante un contrato y procede por ello la desestimación del motivo de impugnación.

Como cuarto motivo de impugnación, los recurrentes consideran que se ha producido un cambio de criterio en relación con la adjudicación de este mismo contrato durante los años 2009 a 2015, en el que se entendió que se trataba de un contrato negociado sin publicidad, al amparo del art. 170.d) TRLCSP, al reconocerse que se trataba de una prestación que debía llevarse a cabo en exclusiva, en el marco del ordenamiento jurídico español, por los Colegios de abogados.

El Tribunal resalta inicialmente que no se puede argumentar, como se hace en el cuerpo del recurso, que no existe un contrato público de servicios y a continuación defender que es un supuesto al que se debe aplicar las normas del procedimiento negociado del art. 70 TRLCSP.

En todo caso, el art. 109.4 TRLCSP dispone que el expediente debe justificar adecuadamente la elección del procedimiento y de los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación del contrato, destacando el Tribunal la trascendencia de dicha previsión. La justificación adecuada quiere decir que la adecuación del procedimiento debe probarse, demostrarse, explicarse o acreditarse con razones convincentes.

La adecuada elección del procedimiento de adjudicación de un contrato ha de tener en cuenta una serie de factores. En primer lugar que el procedimiento de licitación es un instrumento clave al servicio del fortalecimiento del mercado interior, por lo que los principios básicos de la adjudicación de los contratos, configurados por la jurisprudencia del TJUE, versan sobre la publicidad y transparencia así como la igualdad de trato o de oportunidades y la libertad de acceso a los procedimientos. En segundo lugar que la normativa española prevé ciertos supuestos, procedimiento negociado y diálogo competitivo, en los que la adjudicación se articula a través de procedimientos que modulan dichos principios, si bien la regla ordinaria será la utilización del procedimiento abierto o el restringido.

En consecuencia el procedimiento negociado debe considerarse como algo rigurosamente excepcional, previendo la ley su mera posibilidad no descartando en absoluto, aun concurriendo las circunstancias que lo permiten, la utilización de un procedimiento abierto o restringido. Corresponde la carga de la prueba de la concurrencia de las excepcionales circunstancias que habilitan su utilización a la Administración que deberá incorporar al expediente la justificación y acreditación de la exclusividad sin que sea suficiente una mera declaración responsable o certificado de exclusividad expedido por la propia empresa.

En consecuencia el Tribunal desestima el motivo de impugnación.

Por último, como justificación de la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad, los recurrentes aducen la aplicación de la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en concreto la prestación de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuita, encomendadas a los Consejos Generales de la Abogacía.

El Tribunal entiende que el contrato objeto de licitación no se integra en el ámbito de aplicación de la mencionada Ley. Nos encontramos ante un servicio de asesoramiento jurídico que el Instituto Aragonés de la Mujer ofrece dentro

del ámbito de sus competencias, que en modo alguno interfiere con la asistencia letrada, defensa y representación gratuita. El contrato se presta en el marco de las competencias del IAM y se financia con cargo a sus recursos propios y no mediante la regulación regulada en la Ley 1/1996

Por ello desestima igualmente el motivo de impugnación.

C. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

a) Informe 2/2016, de 25 de febrero. Posibilidad de considerar un negocio jurídico excluido de la legislación de contratos

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Tauste solicita informe a la JCCA de la CA de Aragón sobre si la adquisición de la licencia corporativa y los servicios referidos a la herramienta Gestiona puede considerarse como negocio excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP.

El objeto de la herramienta sobre la que solicita informe es un servicio que proporciona una mercantil destinado a la gestión por medios electrónicos de los procesos administrativos y sus expedientes. Quien lo contrata accede al servicio mediante una licencia corporativa. El objeto del contrato no es la licencia, por lo que no es posible considerar que nos encontremos ante una propiedad incorporal, sino que la prestación es bien tangible, consiste en la adquisición de unos permisos para utilizar la aplicación de gestión electrónica de documentos, incluida en la categoría de servicios relativos a «Paquetes de software de gestión de documentos».

En consecuencia se trata de una prestación típica de servicios, de forma que el hecho de que para el acceso sea necesaria una licencia corporativa no altera su naturaleza, y por ende deben aplicarse las normas de contratación pública para poder proceder a su contratación.

Finalmente la Junta recuerda que incluso si el objeto contractual fuere la adquisición de un software a medida, tampoco nos encontraríamos ante un negocio excluido del TRLCSP, pues el art. 4.1.p) prevé expresamente su inclusión y lo califica como contrato de suministro o servicios.

b) Informe 14/2016, de 20 de julio. Régimen de los contratos de servicios jurídicos.

La presidenta de la empresa pública de la CA de Aragón Plataforma Logística de Zaragoza SA solicita informe a la Junta Consultiva sobre una serie de aspectos relativos a las exigencias de publicidad, duración, posibilidades de modificación y consecuencias del no envío del anuncio de adjudicación a la Comisión Europea en los contratos de servicios, consistentes en servicios jurídicos.

Inicialmente la Junta determina el régimen jurídico del contrato de servicios, y en particular las novedades introducidas por la Directiva 2014/14/UE y su incidencia en el mismo. En este sentido destaca que el incumplimiento del plazo de transposición de la Directiva conlleva el efecto directo de aquellos preceptos que resulten claros, precisos e incondicionados. La Directiva introduce novedades, tales como la desaparición de la clasificación de los contratos de servicios en 27 categorías y con ello la dualidad de regímenes jurídicos en función de las mismas, o la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los contratos de servicios que no superan el umbral de 750.000 euros o que hayan sido excluidos por disposición expresa.

En concreto, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los servicios jurídicos que se especifican en su art. 10.d). A pesar del efecto directo de la Directiva, al tratarse de una disposición clara y precisa, la Junta entiende que en virtud de la prohibición del efecto directo vertical descendente, establecido por la Jurisprudencia del TJUE, no es posible incorporar a nuestro ordenamiento jurídico dicha exclusión, al producir un posible perjuicio a los particulares o alterar su estatuto jurídico, por lo que es necesario esperar para su aplicación a la efectiva transposición de aquella.

Respecto de los contratos de servicios jurídicos no afectados por dicha exclusión hay que distinguir entre ellos a los incluidos en la aplicación de un régimen simplificado, pero dicha previsión no resulta de aplicación directa por lo que habría que esperar para ello a su transposición al derecho nacional. Los restantes contratos de servicios jurídicos se encuentran sujetos a las disposiciones del art. 74 y ss. del TRLCSP.

En segundo lugar, en relación con la publicidad de estos contratos, dada la aplicación en los mismos de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos de adjudicación, resulta de aplicación la publicidad de las licitaciones en el perfil del contratante, instrumento por antonomasia de publicidad de las entidades que tienen la consideración de poder adjudicador, pero que no tienen la consideración de Administración Pública. Asimismo resulta de aplicación la obligación de cualquier poder adjudicador de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público todo tipo de licitación. Dada la desaparición de la diferencia de régimen jurídico en función de la clasificación de los contratos de servicios, los contratos de servicios jurídicos si se consideran de regulación armonizada deberán publicarse asimismo en el DOUE desde el 18 de abril de 2016.

La incidencia de la Directiva también tiene reflejo sobre el trámite de formalización del contrato de forma que el anuncio de adjudicación deberá enviarse al DOUE, si el contrato está sujeto a regulación armonizada, en el plazo de 30 días a contar desde su formalización. Queda sin efecto el apartado 3 del art. 154

TRLCSF, que establecía la comunicación a la Comisión Europea en los supuestos de contratos que como los de servicios jurídicos, estaban incluidos en las categorías 17 a 27 y por ende no estaban nunca sujetos a regulación armonizada.

En tercer lugar, en relación con la duración de los contratos, la Junta recuerda la regla general de que los contratos de servicios no pueden tener un plazo de vigencia superior a cuatro años, no pudiendo exceder de seis años la duración total en los supuestos de previsión de prórrogas, y la previsión del art. 303.3 del TRLCSF de que los contratos de servicios jurídicos tendrán la duración precisa para atender adecuadamente las necesidades de defensa jurídica y judicial. La dificultad radica en definir el concepto «necesidades de defensa» y en dar cumplimiento a la prohibición de fraccionamiento del objeto del contrato.

A juicio de la Junta resulta fundamental la determinación previa y precisa de la naturaleza y extensión de las necesidades así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. En consecuencia los contratos de servicios deben integrar todas las prestaciones que sean precisas para alcanzar su fin.

Por último, en relación con la modificación del contrato, su régimen jurídico no difiere de la modificación de cualquier otro contrato público, por lo que queda sujeto al régimen establecido en los arts. 105 a 108 del TRLCSF. En consecuencia, solamente será posible la modificación del contrato de servicios jurídicos en el caso de que se hubiera previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de su modificación. Si esto fuese así, deberá tenerse en cuenta para el cálculo del valor estimado del contrato. En concreto la modificación de un contrato de esta tipología para extender su objeto a nuevas fases que se vayan produciendo en el mismo procedimiento, o para incluir los recursos posteriores contra la sentencia del procedimiento de cada instancia, no parece tener cabida ni tan siquiera en el concepto de «imprevisibilidad». Parece obvio que desde el momento en que se determina la necesidad de una prestación de este tipo, el objeto del contrato será el necesario en todas las fases del procedimiento judicial que se pretenda sustanciar, incluidos los eventuales recursos.