

# 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 2019.

## I. LEGISLACIÓN

### 1. SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS DE SERVICIOS

No se ha dictado norma alguna de relevancia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón que tenga una particular relevancia en la conformación normativa de los contratos de concesión de servicios y de servicios que son objeto de estudio en este capítulo del *Anuario*.

## II. JURISPRUDENCIA

### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

#### A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) *Sentencia 543/2018, de 3 de diciembre* (JUR/2019/47914). *Principio de transparencia en la contratación pública. Motivación de los actos de adjudicación*

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayunta-

miento de Caspe por el que se adjudica el contrato de gestión del servicio público de la residencia de la Tercera Edad y Centro de Día.

La Sentencia de instancia considera que al haber dejado la Mesa de Contratación sin efecto la propuesta de adjudicación a favor de la Fundación Rey Ardid vulnera el ordenamiento jurídico al infringir los principios que rigen la contratación, esencialmente el principio de igualdad de trato, al requerir información solo a un licitador, el propuesto para la contratación. Asimismo examina el contenido de los informes y los considera ineficaces para sostener la corrección de la adjudicación a favor de una entidad diferente de la inicialmente propuesta Fundación Rey Ardid.

La Sala entiende que con los datos obrantes en el procedimiento no puede apreciarse que el cambio en la propuesta por parte de la Mesa de contratación resulte ajustado a derecho.

En concreto destaca que los servicios técnicos municipales inicialmente elaboran un informe en relación a la valoración del sobre C, referido a los criterios evaluables a través de juicio de valor, en el que expresamente se afirma que las tres empresas cumplen con los requisitos documentales exigidos en el Pliego. De acuerdo con el PCAP los elementos a valorar consistían en proyecto de explotación; mejoras en el servicio; mejoras en recursos y equipamiento auxiliar; plan de revisión y mantenimiento de las instalaciones. Tras la lectura de dicho informe la Mesa valora la oferta económica, resultando ser la mejor oferta sumando ambos criterios la realizada por la Fundación Rey Ardid, por lo que propone la adjudicación a la misma.

Al día siguiente una de las licitadoras, y ahora apelante, remite un fax al Ayuntamiento en el que denuncia que la puntuación otorgada en el sobre C en su favor debiera haber sido superior y que las ofertas de la propuesta como adjudicataria incurrieran en valores desproporcionados. Tras la emisión de informe por la asesoría jurídica municipal se requiere por la Mesa de Contratación a la licitadora propuesta, en aplicación del art. 152 TRLCSP, la aclaración de algunos extremos en relación con la cuantificación de costes de carácter laboral y los costes directos e indirectos de la explotación con arreglo a los ratios de ocupación y tipologías y el cumplimiento de la normativa que justifique el ofrecimiento de las tarifas y un margen razonable de beneficio industrial.

Tras la remisión de la documentación se emite un nuevo informe por los servicios municipales en el que se concluye que la dotación de personal de cocina y limpieza era insuficiente, que los costes provisionales por compras y servicios exteriores no se adecuaban al mercado, que no quedaba acreditada la existencia de elementos e instalaciones de una mercantil vinculada a la oferente en su condición de centro especial de empleo para llevar a cabo la subcontratación

planteada de la lavandería, que los costes por suministros eran irreales y los costes por gastos generales no recogían la póliza del seguro, resultando la oferta inviable desde un punto de vista asistencial, técnico y económico.

La Sala compara ambos informes y aprecia que en el primero, considerando suficiente la documentación, al examinar el apartado relativo al estudio económico se detectaba que no se aclaraban los costes del transporte y no se determinaban los costes de la modificación de espacios para terapia ocupacional y en el apartado de mejoras en recursos y equipamiento auxiliar se valoraba positivamente el incremento cuantitativo en materia de recursos humanos, la aportación de equipamiento tecnológico y los productos de apoyo. Ningún déficit en materia de recursos humanos se denunciaba. En cambio en el segundo se considera insuficiente la dotación de personal de cocina y limpieza, coincidiendo literalmente, incluido erratas, con el informe pericial que acompañaba la contestación a la demanda realizada por la entidad finalmente adjudicataria, sin que se efectuara ninguna mención sobre los iniciales reparos sobre determinación de los costes de modificación de espacios de terapia ocupacional, ni del transporte.

A juicio de la Sala no hay explicación válida que justifique dejar sin efecto la propuesta de adjudicación inicial y acordar la adjudicación a otra entidad distinta. Las actuaciones administrativas requieren motivación y el control jurisdiccional de la motivación exige considerar la razonabilidad de esa motivación. Debió darse una explicación a la contradicción de los informes y sobre la razón por la que los servicios técnicos no apreciaron ningún déficit de documentación para las valoraciones del sobre C. En consecuencia, al entender vulnerado el principio de transparencia, una de cuyas manifestaciones es la motivación de los actos administrativos, desestima el recurso de apelación, confirma la sentencia de instancia.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

### A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

#### a) *Sentencia 69/2019, de 27 de febrero* (JUR/2019/152230). *Cálculo del precio*

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra Acuerdo del TACPA por el que se desestima el recurso especial deducido frente a la resolución del Director Gerente SAS por el que se adjudica el lote 2 del contrato «Servicio de limpieza de los centros sanitarios dependientes del SAS».

El primer motivo de impugnación consiste en la supuesta producción de error en el cálculo del precio por jornada de la oferta presentada por la recurrente, al incluirse en el cómputo anual de presencias/jornadas ofertadas las de un encargado de zona que, a juicio de la recurrente, no deben computar como

jornada de limpieza. Todo ello habría tenido como consecuencia que a la recurrente se le otorgaran 0 puntos en concepto de «criterio de precio por jornada mas bajo», al preverse en el PCAP que las ofertas cuyo precio por jornada excediese en más o menos 10 % del promedio ofertado por todos los licitadores serían valoradas con 0 puntos.

La Sala desestima el motivo de impugnación al considerar que el PCAP únicamente prevé la exclusión de los servicios de los encargados de centro en el computo de las jornadas de limpieza, sin que se prevea la exclusión de las realizadas por los encargados de zona, quienes de conformidad con los convenios aplicables, pueden ejercer funciones de limpiador/a. En la memoria técnica presentada por la mercantil recurrente se contempla en el organigrama específico para el servicio el plan de trabajo de presencias en el que se prevé un encargo de zona dentro de los medios personales para la prestación del servicio, con la consiguiente realización de funciones de limpieza. En consecuencia no se ha producido error en el cálculo del precio por jornada de la oferta presentada por la recurrente, no apreciándose la arbitrariedad invocada.

El segundo motivo de impugnación, fundamentado en la incongruencia en que se ha incurrido en la valoración de los apartados «adecuación de medios personales al objeto del contrato» y «adecuada distribución de la plantilla por zonas de limpieza», es desestimado por la Sala al considerar que ésta se ha realizado dentro de los límites de la discrecionalidad técnica y que aun cuando se acogiera dicha objeción en nada alteraría el resultado final de la licitación.

b) *Sentencia 236/2019, de 10 de mayo* (JUR/ 2019/318830). *Contrato complementario. Responsabilidad por resolución del contrato principal. Resolución por suspensión de la iniciación del contrato superior a seis meses o resolución por desistimiento de la Administración: Consecuencias*

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de resolución de contrato para la gestión en procedimientos expropiatorios del Proyecto Red en el sector 2 de Huesca, y el reconocimiento del derecho a una indemnización y el abono de los trabajos realizados.

La primera controversia radica en cuestionar el carácter complementario del contrato, que en ningún momento es calificado como tal en los pliegos que se incorporan al mismo. Frente a la tesis defendida por la Administración la Sala considera que no puede ser contrato complementario el que cuenta entre su objeto el de gestionar expropiaciones derivadas de proyectos constructivos ya en marcha y no solo las derivadas de un contrato de concesión de obra pública que resulto fallido.

En todo caso, el pretendido carácter complementario del contrato, que la Sala rechaza, en ningún momento tendría como consecuencia la exoneración de toda responsabilidad de la administración contratante con motivo resolución automática de aquel cuando la Administración resuelve el supuesto contrato principal por incumplimientos culpables al contratista, ya que el contratista del contrato complementario es tercero en relación con las vicisitudes acaecidas en la ejecución del contrato principal.

La segunda controversia versa sobre la concurrencia de la causa de resolución prevista en el art. 284.a) LCSP, suspensión de la iniciación del contrato superior a seis meses, o de los supuestos de resolución por desistimiento de la Administración. Las consecuencias de dicha calificación son evidentes, en el primer caso la resolución daría derecho a una indemnización del 5 % del precio del contrato y en el segundo del 10 % del valor de los trabajos restantes al tiempo del desistimiento más el importe de los trabajos efectivamente realizados.

La Sala recuerda que la aplicación de la causa del desistimiento del contrato imputable a la Administración no precisa de manifestación expresa, pero que dadas las agravadas consecuencias indemnizatorias que conlleva el animo y voluntad del desistimiento tiene que ser claro y manifestarse de manera evidente. En el supuesto enjuiciado dada la imposibilidad conocida por la Administración de continuación del contrato, unida a la falta de actividad alguna en ningún sentido, permiten sustentar la voluntad del desistimiento de la Administración. En consecuencia acuerda la resolución del contrato en cuestión, declarando el derecho de la entidad recurrente al importe de los trabajos ejecutados hasta el momento, sumado al importe indemnizatorio de la aplicación del porcentaje del 10 % del importe de los trabajos dejados de realizar, en concepto de beneficio dejado de obtener.

c) *Sentencia 246/2019, de 20 de mayo (JUR/2019/326462). Naturaleza de los contratos de mantenimiento y conservación de carreteras*

Dictada con motivo del recurso de apelación deducido frente a la Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número uno de Teruel estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución por la que se adjudica la contratación de mantenimiento y conservación de carreteras y vías provinciales y forestales.

La cuestión controvertida radica en la calificación del contrato y en consecuencia en el procedimiento de adjudicación utilizado. La Sala da por acreditado que los trabajos contratados, consistían realmente en quitar nieve y echar sal por lo que correspondería la calificación de contrato de servicios y no de obras como realizó la administración contratante. En concreto afirma que en ninguna

de las certificaciones facturas o partes de trabajo consta la ejecución de obra o reparación alguna.

Es por ello por lo que desestima el recurso al considerar claro que la actividad realizada no resulta subsumible en el art. 6 de la LCSP y si en el art. 10 de la misma, y confirma la nulidad de las actuaciones administrativas.

d) *Sentencia 222/2019, de 7 de junio* (JUR/2019/208856). *Penalidades por incumplimiento de contrato derivado de Acuerdo Marco*

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución del Consejero de Sanidad del GA por la que se estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Directora del Servicio Provincial de Zaragoza por la que se acuerda penalizar a la entidad por incumplimiento defectuoso de los contratos derivados del Acuerdo Marco de homologación para la realización de procedimientos quirúrgicos en Aragón.

En relación con la competencia para la adopción de las penalidades impuestas la Sala recuerda que no estamos ante la ejecución de un Acuerdo Marco sino ante la ejecución de un contrato derivado de éste de forma que el órgano competente para la imposición de penalidades de conformidad con el art. 212.7 TRLCSP lo es el órgano de contratación. En el supuesto enjuiciado los contratos fueron firmados por la Directora Provincial con motivo del acuerdo delegación en materia de autorización y gastos adoptado por el Consejero de Sanidad, por lo que no existe vicio alguno por razón de la competencia.

Frente al argumento genérico de la recurrente por el que fue la Administración la que por carencia de planificación remitió todas las historias clínicas en un breve periodo de tiempo provocando con ello el retraso en la realización de las intervenciones, la Sala lo desestima y considera que es la propia Administración la que tiene en cuenta dicha circunstancia y penaliza exclusivamente las intervenciones realizadas mas allá de enero de 2017, cuando ya se disponía de la totalidad de las historias clínicas.

En cambio admite el criterio esgrimido por la actora de que ha habido un cómputo erróneo en la determinación de la demora, que debe referirse al incumplimiento del plazo total de 110 días y no del parcial de 45 días.

e) *Sentencia de 306/2019, de 29 de julio* (JUR/2019/315770). *Cumplimiento de requisitos de licitación por las UTE*

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza desestimatoria del recurso interpuesto frente al Decreto de la Consejera del Ayuntamiento de

Zaragoza por el que se desestima el recurso de reposición deducido frente al Decreto de la Consejera de Acción Social, Servicios Públicos y Juventud que adjudicó el contrato de gestión del Centro Municipal de Protección Animal a una UTE.

La cuestión de fondo radica en determinar si los requisitos establecidos en el PCAP y PTT de que las instalaciones cuenten con licencia de actividad y la suscripción de un seguro de responsabilidad civil y daños a terceros, establecidos como obligaciones a exigir al adjudicatario en los mencionados Pliegos, deben justificarse por este con carácter previo a la adjudicación. La Sala confirma el criterio del Juzgado de instancia, y en el supuesto enjuiciado en el que el adjudicatario lo fue una UTE, entiende que difícilmente puede exigirse a una UTE, finalmente adjudicataria, el cumplimiento de requisitos de licitación que no podía cumplir al no estar constituida en el momento de la formulación de ofertas. Los integrantes de la UTE formulan compromiso de constitución pero no queda constituida sino hasta fecha posterior a la adjudicación.

En consecuencia son los que se comprometen a su constitución los que han de acreditar el cumplimiento en sus ofertas de los requisitos exigidos en los pliegos. En concreto los requisitos de licencia de actividad y suscripción de seguro de responsabilidad extracontractual lo cumplían individualmente los licitadores afectados. No pueden exigirse requisitos a una UTE que al tiempo de la formulación de las ofertas aun no estaba constituida.

Desestima el recurso y confirma la Sentencia y, por ende, la actuación administrativa recurrida.

f) *Sentencia 331/2019, de 31 de julio* (JUR/2019/315857). *Cumplimiento de requisitos de solvencia técnica*

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto frente el Acuerdo del TACPA que desestima el recurso especial frente a la adjudicación del contrato denominado «transporte de muestras biológicas desde el Laboratorio del Hospital de Alcañiz».

La cuestión principal consiste en determinar si la oferta técnica de la mercantil que resultó adjudicataria se ajustaba a lo establecido en el PTT. El TACPA en su acuerdo consideró que los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación previa eran claros y concluía que la oferta de la finalmente adjudicataria se ajustaba a lo establecido en los Pliegos por lo que no cabía la exclusión del procedimiento solicitada por la recurrente.

La Sala centra su atención en la pretensión central de la recurrente que no es otra que la exclusión de la licitación de la oferta adjudicataria por no cumplir con los requisitos establecidos en el sobre número 2, criterios sujetos a evalua-

ción previa consistentes en tiempo de respuesta; medios materiales suficientes y medios personales suficientes, por entender que no contaba con medios materiales y personales suficientes.

Entiende que lo que se cuestiona no es realmente si las concursantes reunían o no los criterios exigidos sino la valoración efectuada por la Unidad Técnica que determinó finalmente la adjudicación. En concreto el informe afirma que ambas mercantiles cuentan con vehículos propios que se comprometen a asignar al servicio pero mientras la adjudicataria preasigna cinco vehículos la recurrente, aunque cuenta con diez vehículos, no determina cuantos destinará a la prestación del servicio. Es por ello por lo que dice la Sala que las mismas razones que esgrime la recurrente para entender que debió excluirse a la adjudicataria deberían servir respecto de su oferta, pues ella la que no realiza preasignación alguna de vehículos.

Idéntica circunstancia se produce respecto de los medios personales. La recurrente presenta una relación de once personas, teniendo en cuenta que dispone de 10 vehículos, entendiéndose que para desarrollar su objeto social y no solo la concreta prestación objeto del contrato, y la adjudicataria dispone de 20 conductores y preasigna tres conductores con el compromiso de reposición o de cubrir el puesto en caso de necesidad en media hora, integrando un equipo completo, incluido personal de oficina, de ocho personas.

La Sala confirma el criterio del TACPA y no encuentra motivos para excluir de la licitación a la adjudicataria por incumplimiento de los criterios expuestos, resaltando que de haberlos no serían más que los permitirían excluir de la licitación a la entidad recurrente.

No obstante, la Sala admite la cuestión relativa a la ausencia de acreditación de determinada documentación relacionada con la solvencia técnica de la adjudicataria. Se refiere con ello a las autorizaciones de aptitud para transporte de mercancías peligrosas que se exigen como requisito de solvencia técnica. Si bien el PCAP no exige que dichos documentos se adjunten junto con la proposición del licitador, establece un plazo de cinco días hábiles desde la recepción del requerimiento para que el finalmente adjudicatario los aporte. En el supuesto enjuiciado se observa que la documentación aportada por la adjudicataria no son dichas autorizaciones sino la certificación por centro autorizado de realización de curso básico, previo y necesario para la obtención de tal autorización.

Por todo ello, en aplicación de la cláusula 3.3.2.3 del PCAP se debe recabar la mencionada documentación al licitador siguiente en el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, siendo dicha aplicación automática sin que la

nueva adjudicación constituya el ejercicio de facultades discrecionales, no constituyendo por ello invasión de competencias de la Administración.

### III. DOCUMENTACIÓN

#### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

##### A. Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

a) *Acuerdo 143/2019, de 27 de diciembre, por el que se resuelven recursos especiales interpuestos frente a los pliegos del procedimiento de licitación «concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Calatayud»*

En primer lugar se cuestiona por los recurrentes que los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula están todos ellos afectados por el denominado «umbral de saciedad». Dichos umbrales consisten en el establecimiento de fórmulas matemáticas que propician que a partir de un determinado en la respectiva oferta la puntuación a obtener por el licitador sea la misma, lo que produce el efecto de desincentivar que la oferta sea la mejor posible, contraviniendo el principio de eficiencia en el gasto público. Asimismo con ello se permite a los licitadores conocer la oferta que han de realizar para obtener la máxima puntuación de forma que dicho umbral puede llegar a determinar un empate en el criterio afectado y que la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor sea la determinante de la adjudicación del contrato.

El Tribunal tras analizar los PCAP, en un primer momento afirma que en los criterios de adjudicación 1 y 2 no establece específicamente umbral de saciedad alguno, puesto que no fijan límite a partir del cual no se obtengan más puntos a pesar de realizar una mayor oferta, y en los criterios de adjudicación 3, 4 y 5 establecen un límite, pero no referido a la puntuación a obtener sino a la mejora a ofrecer sobre el respectivo aspecto que ponderan cada uno de ellos, por lo que tampoco podría considerarse un umbral de saciedad al no producir un desincentivo a la hora de ofertar.

No obstante el concreto análisis de la configuración de la fórmula matemática a utilizar para la obtención de los puntos que se pueden obtener por estos criterios obligan al Tribunal a matizar su inicial apreciación. Las fórmulas de los criterios 1 y 2 al otorgar la misma puntuación a determinada oferta una vez alcanzado el umbral, carecen de la exigible proporcionalidad y vulneran los principios de igualdad de trato y eficiencia y control del gasto. Junto a ello permiten conocer de antemano la concreta oferta con la que se obtendría el máximo por dichos criterios, así como por los restantes criterios sujetos a fórmulas, lo que incrementa la posibilidad de que en el conjunto de dichos criterios vaya a

producirse un empate técnico, lo que facilita que acaben primando los criterios sujetos a criterios de valor, que en la redacción del pliego estaban subordinados a aquellos, desplazando con ello la preceptiva intervención del comité formado por expertos con cualificación apropiada, exigida por el art. 146.2.a) LCSP en beneficio de la Mesa de Contratación.

Por ello el Tribunal entiende que si bien el TACRC ha empezado a admitir la inclusión de fórmulas que conllevan el mencionado umbral de saciedad, tras el nuevo régimen de valoración de ofertas introducido por la LCSP que refuerza los criterios vinculados a la calidad permitiendo la inclusión de cláusulas que den mayor peso a los criterios cualitativos desincentivando las ofertas con bajas excesivas, dicha doctrina no resulta aplicable al supuesto enjuiciado. En concreto los criterios analizados valoran el incremento sobre el porcentaje mínimo de la facturación que debe abonarse a la Administración, como canon o participación de la concesión de servicios. El límite que se introduce para desincentivar un incremento superior de dicho canon solo indirectamente puede incidir en la calidad de la prestación, al afectar esencialmente a los beneficios a percibir por el concesionario, y no se trata de establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre precios máximos. En un contrato de concesión de servicios en el que no hay un precio sino un canon a abonar por el contratista, valorable al alza y no a la baja, no es posible considerar que dichos umbrales estén establecidos buscando una garantía de mayor calidad, por lo que difícilmente pueden redundar en una mejora de la misma.

Cabría admitir criterios de adjudicación que conlleven un umbral de saciedad para lograr el mayor nivel de calidad, bajo otros parámetros o circunstancia, estableciendo otros criterios sujetos a fórmula sin el mencionado umbral, pero al no concurrir dichas circunstancias el Tribunal estima el recurso y anula el PCAP en lo relativo a los criterios de adjudicación.

La segunda cuestión controvertida consiste en la adecuación a derecho de la previsión en el PCAP por la que el concesionario deberá asumir tanto la retribución del responsable del contrato en el supuesto que se designe como tal a persona física o jurídica ajena al órgano de contratación como de los estudios y análisis que puedan ser contratados por este, por un importe mínimo del 1 % y máximo del 3 % de los ingresos obtenidos por el concesionario en cada anualidad.

El Tribunal considera que dichos gastos carecen de la necesaria relación directa con el objeto del contrato, y en consecuencia no puede considerarse un coste indispensable para la correcta realización de la actividad objeto del contrato. La existencia del responsable del contrato impuesta por ministerio de la ley es una obligación que recae sobre la Administración y no sobre el contratista, que inicialmente lo ha de cumplir con sus medios propios y a falta de éstos

con medios externos. Es por ello por lo que dicho coste no puede incluirse en la cuantificación del valor estimado del contratado, que solo ha de atender a los criterios del art. 101 LCSP. E idéntica consideración realiza en relación con los gastos derivados de los estudios y análisis que puedan ser contratados. En consecuencia el Tribunal estima el recurso y anula las cláusulas impugnadas.

## B. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón

### a) *Informe 3/2019, de 10 de octubre. Consecuencias de la subida del SMI en los contratos en ejecución*

Con motivo de la consulta de un Ayuntamiento sobre si el incremento del salario mínimo interprofesional para el año 2019, constituye un factor extraordinario que pueda motivar una modificación contractual por haberse producido una suerte de «desequilibrio económico contractual» y sobre la posibilidad de aplicar por analogía la renuncia al contrato por el contratista sin indemnización, cuando el incremento de los costes supere el 5 % del valor neto de la cifra de negocio por el periodo que reste hasta la conclusión del contrato, y mantenimiento del contrato sin compensación si no alcanza dicho porcentaje, la Junta emite el correspondiente informe.

La Junta entiende que los principios de riesgo y ventura y *pacta sunt servanda*, con carácter general, presiden la ejecución de los contratos, no pudiendo apartarse de ellos los adjudicatarios salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente. Asimismo considera que por gravosa que pueda resultar una subida del SMI para los adjudicatarios, no puede considerarse como un riesgo imprevisible incardinable en el concepto de fuerza mayor.

La revisión de precios es igualmente desechada como fórmula de compensación por las subidas del SMI, dado que con carácter general esta no procede si no se justifica previamente la revisión y se incluye expresamente en los PCAP, siendo residuales los supuestos en los que pueda resultar de aplicación lo previsto en el art. 103.2 de la LCSP, cuando el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa. Todo ello sin olvidar que la Ley 2/2005, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, establece como techo para la repercusión del aumento de los costes de mano de obra el incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público.

La modificación del contrato, cuyo régimen esta limitado a los contratos armonizados y a los celebrados por la Administración Pública, es igualmente descartada como método de compensación por entender que una modificación que afecte a los costes salariales constituiría una revisión de precios, prevaleciendo en consecuencia su régimen jurídico.

En relación con la aplicación analógica de lo preceptuado en los arts. 270.4.a) y 290.6.a) de la LCSP, mantenimiento del equilibrio económico del contrato, previstos expresamente para los contratos de concesión, la Junta considera que su existencia es una contrapartida inherente a la traslación del riesgo operacional propio de esta modalidad contractual. Solo resultaría posible acudir a esta figura por haberse alterado la economía del contrato, en los supuestos de ejercicio del *ius variandi*, aplicación de la doctrina del *factum principis* y la presencia de circunstancias calificables como hecho impredecible o fuerza mayor que implique una ruptura sustancial de la economía del contrato. Ninguno de dichos supuestos resultan de aplicación al supuesto planteado, que por otra estarían circunscritos a los contratos de concesión, no pudiendo beneficiarse otras modalidades de tipo no concesional.

Por último la Junta rechaza la posibilidad de renuncia al contrato por el contratista, por aplicación extensiva de los arts. 270.4 y 290.6 LCSP que permiten el desistimiento del contrato a los adjudicatarios cuando devenga extraordinariamente oneroso al concesionario como consecuencia de la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a su formalización. La Junta recuerda que dicha previsión es una peculiaridad de los contratos de tipo concesional, cuya aplicación analógica a otra modalidades contractuales desvirtuaría la propia figura de la concesión.

En los supuestos en que la elevación del SMI impida al contratista seguir haciéndose cargo del contrato y se cumplan con los umbrales previstos en el art. 211.1.g) de la LCSP, podrá resolverse el contrato, siendo esta una posibilidad aplicable a todas las modalidades contractuales.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

### A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) *Dictamen 275/2019, de 24 de julio. Resolución del contrato de asistencia técnica «puesta en marcha de una plataforma analítica de gestión de la movilidad en tiempo real en el Consorcio de Transporte del Área de Zaragoza»*

El Consorcio de Transportes del área de Zaragoza adjudicó el contrato de servicios de asistencia técnica para la puesta en marcha de una plataforma analítica de gestión de la movilidad en tiempo real en el CTAZ, estableciéndose en la cláusula tercera del contrato que su plazo de ejecución era de tres meses desde la fecha de formalización, reduciéndose a cuatro semanas de conformidad con la oferta presentada que resulto seleccionada.

El director gerente del consorcio dicta una resolución por la que se acuerda incoar expediente de resolución contractual por causa imputable al contratista.

ta por incumplimiento de las obligaciones contractuales, al no haberse ejecutado el contrato en el plazo establecido. El administrador único de la contratista manifiesta su oposición a la propuesta descrita, presentando alegaciones al respecto que son desestimadas por el consorcio que se ratifica en sus pretensiones resolutorias.

Dado que el contrato se licitó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017 LCSP pero se adjudicó con posterioridad, el consejo Consultivo suscita como cuestión previa la consistente en determinar la norma de aplicación a los efectos y extinción del contrato, y resuelve, de conformidad con anteriores pronunciamientos efectuados sobre la misma cuestión, que resulta de aplicación la vigente LCSP salvo en aquellas cuestiones con regulación particularizada en los pliegos, que vayan mas allá de una mera reproducción de preceptos de la Ley.

Vistas las causas de resolución establecidas en los apdos. f) y g) del art. 21 de la LCSP, el Consejo descarta la concurrencia de la causa prevista en el apdo. g), al no existir informe alguno justificativo de la imposibilidad de ejecución del contrato en los términos inicialmente pactados, y entiende que a pesar de que no se prevé en el PCAP ninguna causa específica de resolución contractual, al contemplarse como obligación esencial el cumplimiento de los «criterios de valoración de las ofertas», entre los que se encuentra la reducción del plazo de ejecución, el incumplimiento de dicho compromiso es causa de resolución del contrato.

A la vista de los informes que constan en el expediente resulta indiscutible la existencia de un retraso manifiesto por parte del contratista en el cumplimiento de la obligación, que debiera estar finalizada el día 10 de julio de 2018, y con fecha abril de 2019 consta que todavía no se habían concluido los trabajos, por lo que el Consejo informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial del contrato con incautación de la garantía e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios que excedan del importe de la misma.

## B. Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón

Dado el elevado número de acuerdos adoptados por el TACPA sobre esta tipología contractual circunscribimos nuestros comentarios a aquellos que puedan tener mayor interés para nuestros lectores.

*a) Acuerdo 6/2019, de 18 de enero de 2019, por el que se resuelve recurso especial frente al procedimiento de licitación denominado «Conservación, y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza, Sector I»*

El Tribunal considera que se ha producido la desaparición del objeto del recurso como consecuencia del Acuerdo 118/2018, que anuló la licitación impugnada.

No obstante, a efecto de evitar cualquier litigiosidad futura, y dada relativa novedad de los motivos de recurso, el Tribunal entra a conocer el fondo del asunto.

Con carácter previo el Tribunal recuerda que los PCAP fueron objeto de un recurso especial previo, resuelto mediante Acuerdo 15/2018, que acogió cinco de los motivos de impugnación y desestimó los restantes, y que los PCAP nuevamente aprobados por el órgano de contratación, ahora cuestionados, son consecuencia de la depuración y enmienda de los PCAP inicialmente aprobados y posteriormente anulados. Y ello por considerar que resulta aplicable la doctrina de la cosa juzgada administrativa siempre y cuando la regulación sustantiva de cada aspecto sea la misma.

La primera cuestión abordada se refiere a la tramitación urgente del procedimiento y su adecuación a lo preceptuado en el art. 119 LCSP. De un análisis del expediente administrativo se deduce que la declaración de urgencia se funda en la circunstancia de que el contrato que rige la prestación concluyó en diciembre de 2017 de modo que los servicios se han continuado prestando por razones de interés público, que no pueden ni deben extenderse más del tiempo imprescindible. En consecuencia el Tribunal entiende que concurren los presupuestos legales del art. 119.1 LCSP y deshecha la tesis de la recurrente.

La segunda cuestión se refiere al cómputo de diversas magnitudes contractuales, en particular el presupuesto por contrata supuestamente calculado erróneamente, al contravenir lo establecido en el art. 102.3 LCSP, al ser los costes laborales los principales a tener en cuenta para cuantificar el valor de la prestación. En concreto, los recurrentes consideran que existe un déficit de 333 522 euros en el cómputo de dichos costes, tal y como pretende acreditar mediante dictamen elaborado por un graduado social. La cuestión planteada fue objeto de pronunciamiento expreso en el primer acuerdo adoptado por el TACPA, Acuerdo 15/2018, pero dado entre el entonces vigente art. 87.1 TRLCSP y el actualmente vigente 102.3 LCSP no existe identidad de regulación, variando sustancialmente la misma, el Tribunal entiende que no puede apreciarse el efecto de cosa juzgada.

No obstante la misma cuestión fue abordada en el posterior Acuerdo 107/2018, que fue expresamente rechazada, si bien la principal diferencia entre ambos supuestos radica en que en el recurso que nos ocupa se aporta un dictamen por el cual se pretende acreditar la insuficiencia del presupuesto de licitación para atender los costes laborales derivados de la prestación del servicio. El Tribunal entiende que la cifra de 333 522 euros no coincide con la reflejada en el mencionado informe y que el porcentaje que representa sobre el valor estimado del contrato, un 0,49 % demuestra que el órgano de contratación ha tenido en cuenta los costes de índole laboral, al calcular éstos en base al colectivo estatal

de jardinería 2017-2018. En consecuencia dada la presunción de acierto de que goza la determinación del precio por el órgano de contratación, que no ha sido desvirtuada por el recurrente, desestima el motivo de impugnación.

La tercera cuestión hace referencia a las causas previstas de modificación del contratado, por supuesta extralimitación de la regulación del ejercicio del *ius variandi*. El contenido de las cláusulas contractuales es idéntico a sus predecesoras en el PCAP que fue objeto de recurso y acuerdo 15/2018, por lo que a juicio del Tribunal resulta de aplicación el efecto de cosa juzgada. Y ello a pesar de que el art. 204 de la vigente LCSP va más allá de lo preceptuado en el art. 106 TRLCSP, de aplicación en el momento de la interposición del anterior recurso, ya que el acuerdo 15/2018 tuvo en cuenta tanto la Directiva 2014/24/UE como la doctrina fijada al respecto por el TJUE, por lo que la normativa aplicada puede ser considerada como sustancialmente igual en ambos pronunciamientos.

La cuarta cuestión, relativa a las denominadas cláusulas sociales de empleo, radica en la supuesta incompatibilidad entre la cláusula 17.6 PCAP que regula la variación en la frecuencia de la prestación del servicio de conservación o limpieza con la cláusula 16.2.A que establece el mantenimiento de la plantilla mínima adscrita para tal cometido. Nuevamente el Tribunal constata que la redacción de las cláusulas resulta coincidentes con las que regían la anterior licitación que fueron objeto de recurso, y que al no ser impugnado por la recurrente en el anterior recurso, pudiendo haberlo hecho, resulta de aplicación la teoría del efecto de cosa juzgada.

La quinta cuestión consiste en la legalidad de que los precios de la mayoría de unidades del contrato se fijen a tanto alzado y no mediante precios descompuestos, ya que o bien son imprecisos o bien se contradicen, planteándose asimismo el posible enriquecimiento injusto por parte de la Administración al introducirse prestaciones que no se valoran ni remuneran al contratista.

Si bien la determinación de los precios fue objeto de impugnación en los anteriores recursos, y expresamente abordada en el Acuerdo 15/2018, dado que el órgano de contratación opta por un criterio distinto para su determinación distinto al de la licitación anterior impide surta efecto de cosa juzgada. No obstante al haberse abordado la cuestión asimismo en el acuerdo 118/2018 el Tribunal se limita a reproducir lo afirmado en aquel al respecto, que confirma la legalidad de su formulación con carácter descompuesto o tanto alzado, sin que el hecho de que en la anterior licitación se optara por formular los precios mediante su descomposición condicione su actual formulación ya que cada procedimiento de contratación es autónomo e independiente del anterior.

El último motivo de impugnación se basa en la supuesta contradicción entre el apdo. 6.2 del PPT y el anexo 7 del mismo, entendiéndose que el cumpli-

miento de dicha cláusula, que obliga al contratista a poner a disposición del servicio y a su costa una nave dentro del término municipal de Zaragoza, supone un enriquecimiento injusto de la Administración. El Tribunal destaca que en la nueva redacción dada a los pliegos, en relación con las redacciones anteriores, se refleja una partida específica denominada «instalaciones», lo que descarta el efecto de cosa juzgada y obliga a entrar a su consideración así como a su pretendida infradotación.

El Tribunal declara que los actos de la AP no pueden ser puestos en tela de juicio en base a meras conjeturas, siendo preciso por quien los discuta aportar argumentos o principios de prueba que acrediten, aunque fuere de forma indiciaria, que el órgano de contratación no ha actuado de forma razonable o con algún grado de arbitrariedad, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado y en consecuencia desestima el motivo de impugnación.

*b) Acuerdo 52/2019, de 17 de abril de 2019, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos frente a la licitación de los procedimientos «Servicios de programa de turismo social para toda la población de la provincia de Zaragoza con destino a los países Bálticos. Año 2019» y «Servicios de programa de turismo social para toda la población de la provincia con destino a Madrid Reales Sitios. Año 2019», promovidos por la Diputación Provincial de Zaragoza*

La cuestión controvertida consiste en determinar la adecuación a Derecho de la exigencia de una sede física en Zaragoza establecida en los respectivos Pliegos como compromiso de adscripción de medios materiales. El TACPA asume en su totalidad el informe emitido por el órgano de contratación en el que se resalta que dicha exigencia se ha establecido como compromiso de adscripción de medios, y no como condición de solvencia, que impidiera la participación en la licitación, ni como criterio de valoración, que podría ser decisivo a la hora de la adjudicación del contrato, de forma que solo será exigible al licitador que vaya a resultar adjudicatario, debiendo acreditarse que su establecimiento no resulta contrario a los principios de concurrencia, igualdad ni de proporcionalidad.

En este sentido el informe acredita que no se vulnera la concurrencia y la igualdad de los licitadores, puesto que no se exige su cumplimiento antes de que finalice el plazo de presentación de ofertas, ni se exige que la tenga en propiedad, ni que conlleve el tener la sede o domicilio social en Zaragoza. En todo caso la cláusula se aplica por igual a todos los licitadores. Asimismo acredita que no vulnera la proporcionalidad, al ser la exigencia de sede física una necesidad derivada de la naturaleza del contrato, como consecuencia de las características de los destinatarios del programa objeto de contratación

Para el TACPA el órgano de contratación ha realizado una correcta aplicación de la doctrina relativa a la condición de arraigo territorial como compromiso de adscripción de medios y ha justificado adecuadamente la necesidad de la misma dada la naturaleza del contrato y su objeto. En consecuencia desestima los recursos interpuestos.

*c) Acuerdo 59/2019, de 8 de mayo, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente al anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza Sector I», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza*

Al margen de cuestiones previas, tales como la extemporaneidad del recurso y la invocación del instituto de la cosa juzgada que son desestimadas por el Tribunal, las principales cuestiones controvertidas versan sobre los siguientes motivos de impugnación:

- a. Determinación de los costes salariales y su reflejo en el precio del contrato, al no haber sido obtenido de manera correcta contraviniendo los arts. 100, 101, 102.3 de la LCSP. La recurrente considera que existe un error en los costes laborales derivados del personal a subrogar del Centro de Inserción Especial de Empleo y de la anterior adjudicataria, al haberse calculado en base al pacto de dicha empresa en lugar del convenio colectivo sectorial, no haberse tenido en cuenta los costes de formación obligatoria ni el absentismo de los trabajadores. Fundando su argumentación en dictamen elaborado por un abogado laboralista.

El Tribunal recuerda que la determinación del precio de licitación ya fue abordada en su Acuerdo 6/2019 (comentado en este seminario), y que en el mismo se determinaba la adecuación a Derecho de las cláusulas que lo recogían, considerando que todo ello resulta de aplicación en el supuesto enjuiciado. Asimismo resalta que las pretensiones anulatorias se basan en un dictamen en el que el punto de partida en relación con el personal a subrogar lo constituye, no el listado del personal a subrogar publicado en el PTT, sino el facilitado por la actual adjudicataria del servicio al letrado emisor del informe una vez aprobado el expediente de contratación, fecha de referencia para configurar el contrato en sus aspectos económicos. Esta circunstancia determina que el informe no pueda ser tenido en cuenta y que la presunción de acierto en la actuación de la Administración no se pueda ver desvirtuada.

- b. El plazo conferido para la presentación de proposiciones supuestamente vulnera lo establecido en los arts. 138.1 y 156.3 LCSP. El Tribunal no entra a considerar el fondo del asunto por entender que no queda acre-

ditado el perjuicio a evitar ni el beneficio a obtener por la recurrente por cuanto no le ha impedido concurrir en tiempo y forma a la licitación ni se invoca que el plazo le haya dificultado o impedido participar en igualdad de condiciones con los restantes licitadores. El Tribunal considera que la pretensión anulatoria no encaja dentro del concepto de «interés legítimo», siendo un mera defensa genérica de la legalidad y procede a desestimar el motivo impugnatorio.

- c. El plazo de información a raíz de las aclaraciones interesadas a la Administración por presunta infracción del art. 138 LCSP. La recurrente denuncia que tras la información realizada por ella a la Administración de unos pretendidos errores en el personal a subrogar, no recibió contestación antes de los cuatro días naturales anteriores a la finalización del plazo de presentación de ofertas. El Tribunal, tras recordar que el derecho a la información adicional tiene como fin garantizar la libre competencia y reiterar la regulación establecida al respecto en la LCSP, resalta que la solicitud de información realizada, no por la licitadora FCC Medio Ambiente, SA, sino por la actual adjudicataria Fomento de Construcciones y Contratas, SA, constituía una petición de corrección de error en el listado del personal a subrogar publicado en el PTT en relación con el facilitado en su momento por la adjudicataria al Ayuntamiento.

Con ello, a su juicio, la actual adjudicataria pretendía exonerarse de responsabilidad frente al nuevo adjudicatario en el caso de que los datos facilitados en su momento fueran erróneos. En todo caso se trata de información que debieran conocer todos los licitadores y que la reclamante, en la medida que forma parte del mismo grupo de empresas que la actual concesionaria, conoce desde el primer momento, pretendiéndose amparar en la falta de respuesta por el órgano de contratación, que en su momento cumplió con su obligación de requerir dicha información.

Es por ello, por lo que junto con que la solicitud de información se realizara por la recurrente sin la debida antelación prevista en el art. 138.3 LCSP, al no justificar que de la conducta del órgano de contratación haya derivado para la recurrente el no haber podido elaborar su oferta en estricto pie de igualdad y no discriminación, y ante la evidencia de que disponía de dicha información de primera mano con antelación a la actuación de la Administración, desestima el motivo y con él el recurso en su integridad.

Por último, dado que en gran medida las pretensiones planteadas en este recurso se tratan de cuestiones sobre cuyo fondo existía ya un pronunciamiento previo, la endeblez de los pretendidos incumplimientos por parte de la Ad-

ministración y el uso abusivo y desproporcionado de los medios impugnatorios que ha causado grave perjuicio al interés público, cuyo valor estimado es de 68 000 006,32 euros y a la calidad del servicio, ya que en la nueva adjudicación se establecen obligaciones sociales y medioambientales novedosas que pueden implementarse hasta su adjudicación, se impone una multa por importe de 15 500 euros.

d) *Acuerdo 135/2019, de 19 de noviembre por el que se resuelve el recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza, sector I, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza»*

El Tribunal destaca que frente a su reiterada doctrina el órgano de contratación si bien ha considerado que todos los licitadores han inobservado las reglas fijadas en los pliegos para la confección de sus ofertas no solo no ha procedido a su exclusión sino que ha procedido a otorgarle alguna puntuación, en base a una indebida aplicación del principio de igualdad, cuya invocación solo cabe dentro del marco legal que constituyen los pliegos en cuanto que *lex contractus*.

Frente a ello el Tribunal manifiesta que ante el supuesto de que se confirme la asignación insuficiente de medios, la omisión de labores, el incumplimiento de las frecuencias mínimas, que se destaca en el informe emitido por los servicios técnicos no cabría sino la exclusión del procedimiento licitatorio de aquella oferta que incumpla los pliegos.

A continuación entra a analizar las ofertas presentadas al objeto de determinar el calado de cada inobservancia detectadas en las mismas que la recurrente postula, concluyendo que los incumplimientos denunciados por esta han sido constatados respecto de todas y cada una de sus competidoras, en cuyas ofertas se han detectado infracciones claras y manifiestas del pliego de condiciones que rigen la contratación. En consecuencia estima el recurso y anula el acto impugnado.

### C. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

a) *Informe 6/2019, de 29 de octubre. Concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos de la Ley 7/207, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*

Se plantea ante la Junta si los contratos de servicios licitados donde el componente intelectual esta presente aunque no protegido expresamente por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, que modifica el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual deben ser calificados como prestaciones de carácter intelectual a los efectos de la LCSP o no, con las consecuencias que ello tiene sobre el tipo de

procedimiento de licitación a elegir de entre los legalmente previstos y, sobre la posibilidad o no de acoger el procedimiento simplificado del artículo LCSP y la aplicación del art. 145 LCSP sobre los criterios de adjudicación.

La Junta destaca que a lo largo de la LCSP se hacen reiteradas y asistemáticas referencias a las prestaciones de carácter intelectual dentro de la contratación sin contener, empero, una definición expresa de las mismas. Así la D.A. cuadragésimo primera LCSP reconoce esta condición a los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, sin acotar el tipo de servicios que reúnen estas características a los efectos de la aplicación de las previsiones legales.

En relación con los criterios de adjudicación a utilizar en contratos relativos a servicios intelectuales, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura, el art. 143 LCSP prohíbe la utilización de la subasta electrónica. Respecto de los procedimientos de adjudicación la LCSP establece una excepción para el procedimiento abierto simplificado, aumentando hasta el 45 % el peso de los criterios evaluables mediante juicio de valor para los contratos con este tipo de objeto, excluyendo la utilización del procedimiento abierto simplificado sumario previsto en el art. 159.6 LCSP, e impulsando la utilización del procedimiento restringido para los servicios de consultoría, asistencia y consultoría de especial complejidad.

Si bien no existe en la LCSP una definición concreta sobre lo que caracteriza a las prestaciones de carácter intelectual, los reiterados pronunciamientos del TACRC han delimitado sus contornos en el dato de que el objeto de dichos contratos implique una actividad en que predomine el elemento inmaterial e implique el uso de las mas altas facultades intelectivas humanas, especialmente las que supongan innovación o cierto grado de creatividad. Especificando que los preceptos de la LCSP afectan a aquellas prestaciones que implican creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la ingeniería, consultoría técnica y urbanismo.

A juicio de la Junta este último requisito resulta excesivamente restrictivo y carece de fundamento legal expreso al no deducirse de las Directivas ni de la LCSP, que nada dicen de la propiedad intelectual en relación con este tipo de contratos. Al contrario buena parte de los objetos contractuales referidos en la D.A. cuadragésimo primera no están protegidos expresamente por la propiedad intelectual y no existe controversia alguna sobre su naturaleza de prestación intelectual dado su expreso reconocimiento legal.

En consecuencia, al objeto de realizar una interpretación equilibrada sobre el contenido del discutido concepto, a juicio de la Junta parece más razonable entender la innovación en un sentido más amplio, ligada a la creatividad fren-

te a los trabajos de tipo rutinario o más rutinario, no pudiendo compararse con las tareas propias del asesoramiento más complejo e individualizado. Para ello propone recordar la diferencia de contenidos entre los desaparecidos contratos de consultoría y asistencia y los demás servicios, por lo que propone mantener para los servicios de prestaciones intelectuales parte de las pautas que se daban con las normas anteriores a la Ley 30/2007.

Es por ello por lo que la clave para la identificación de una prestación o no como de carácter intelectual reside en la creatividad y en el papel que juegue la propiedad intelectual, es decir, si de los trabajos que se realicen en el marco del contrato se derivaran productos o subproductos que pudieran encuadrarse en este ámbito. Es por ello por lo que la primera cuestión en el plano práctico no es otra que lograr una definición clara y concreta del objeto del contrato.