

# Servicios públicos y contratos de servicios

Pedro Luis Martínez Pallarés

Como ya es habitual en las anteriores ediciones de este *Anuario* 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 públicos locales como con los contratos de servicios de las entidades locales.

## I. LEGISLACIÓN

### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

Durante el periodo temporal que abarca este informe no se han aprobado disposiciones con rango de ley por los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma de Aragón con potestad legislativa para ello que hayan afectado de alguna forma a la regulación de los servicios públicos locales, a sus formas gestoras y aspectos relacionados con la contratación de los mismos.

Siendo conscientes de que desborda con creces el ámbito territorial de este informe creemos, no obstante, de interés dar sucinta noticia de la aprobación de la Directiva 23/2014/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, dado que debe realizarse su transposición al ordenamiento nacional antes del 18 de abril de 2016. Si bien su articulado hace referencia tanto a las conce-

siones de obras como a las de servicios centraremos nuestra atención en lo relativo a estas últimas. Hasta el momento habían sido excluidas de las directivas comunitarias reguladoras de la contratación pública, si bien la jurisprudencia del TJUE había declarado que debían sujetarse a los principios del Tratado. El contenido de la Directiva establece algo más que normas sobre la adjudicación incidiendo asimismo en aspectos tales como la subcontratación, modificación y resolución de las concesiones, y establece como umbral de aplicación las concesiones de un valor igual o superior a 5.186.000€.

El art. 5.1 caracteriza las concesiones de servicios por dos datos esenciales: la contraprestación que recibe el concesionario consistente en el derecho a la explotación del servicio concedido o este mismo derecho en conjunción con un pago de un precio por parte del ente concedente y la transferencia al concesionario del denominado «riesgo operacional» en la explotación del servicio. La concurrencia de dicho riesgo se configura como elemento diferenciador fundamental entre un contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios ordinario. En esencia el riesgo operacional significa que no está garantizado que el concesionario «en condiciones normales de funcionamiento vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que hayan contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión», si bien parte del riesgo puede seguir siendo asumido por el poder adjudicador. En todo caso, el riesgo debe derivar de factores que escapan al control de las partes, de forma que debe distinguirse entre esta tipología de riesgo y el denominado «riesgo y ventura», común a todo tipo de contrato público.

El Considerando 20 de la Directiva describe el «riesgo operacional» como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, consistente en un riesgo de demanda y/o de suministro. Ha de entenderse como «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato y como «riesgo de oferta» el relativo al suministro de los servicios objeto de aquel.

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación introduce un ámbito más amplio que el actual del TRLCSP, de forma que junto con los denominados poderes adjudicadores, establece el concepto de entidades adjudicadoras, vinculado objetivamente al desarrollo de las actividades contenidas en el Anexo II de la Directiva. La consecuencia de ello es la extensión de su régimen jurídico a los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública e incluso a entidades privadas.

No se establece un plazo máximo de duración, indicando que deberán tener una duración limitada, en función de los servicios solicitados. Si el plazo es superior a cinco años el periodo concesional no podrá exceder del que se con-

sidere razonable para la recuperación de las inversiones realizadas y los rendimientos por el capital invertido contrato.

En relación con la subcontratación se posibilita que en los pliegos de condiciones se establezca la obligación de que los licitadores mencionen en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar con terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Se configura un régimen de modificación de la concesión, con una finalidad similar a la prevista en la Directiva 24/2014 sobre contratos públicos. Pueden modificarse los contratos de concesiones solo en los siguientes casos: Las modificaciones estén previstas claramente en los pliegos, con independencia de su valor; Concurran circunstancias que un poder adjudicador diligente no ha podido prever, siempre que no altere el carácter global de la concesión y no supere el 50% del valor original de la misma si se trata de actividades distintas de las enumeradas en el Anexo II; Se produzca la sustitución del concesionario a raíz de una cláusula de revisión o por sucesión total o parcial del concesionario por estructuración empresarial; Se trate de modificaciones no sustanciales con independencia de su valor, entre otras. Se define como modificación sustancial aquella que tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio, estableciéndose una serie de supuestos en los que se entenderá que la modificación, en todo caso, es sustancial.

La transposición de la Directiva implicará una nueva regulación del contrato de gestión de servicios públicos que conllevará inevitablemente un replanteamiento sustancial de las actuales figuras gestoras, de forma que tanto la modalidad de sociedad de economía mixta como la gestión interesada y el concierto, en función de su concreta configuración en cada caso, contarán con difícil encaje en ella.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

Ante la ausencia de novedades normativas de interés en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, dada su incidencia en los contratos de servicios que en materia de seguridad puedan realizar las entidades locales aragonesas, damos cuenta de la aprobación por las Cortes Generales de la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad privada.

Interesa destacar la previsión realizada en su Disposición Adicional Segunda, que circunscrita a los contratos de servicios de seguridad que puedan suscribir las Administraciones Públicas, establece la posibilidad de que los órganos de contratación de estas establezcan condiciones especiales de ejecución de los contratos de servicios de seguridad relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones

laborales por parte de las empresas contratistas. Los pliegos de condiciones podrán establecer penalidades en caso de incumplimiento u optar por su configuración como obligación contractual esencial a efectos de una posible resolución.

## II. JURISPRUDENCIA

### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

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

a) ST de 3 de septiembre de 2014 (JUR/2014/241832). Calificación de la recogida y transporte a la planta o al uso y destino autorizado de cadáveres animales y subproductos como servicio público. Calificación del contrato de destrucción, transformación de cadáveres animales y subproductos en harinas y grasas, transporte de las grasas y harinas obtenidas y eliminación de las mismas como contrato privado. Licitación convocada por un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de 9.11.2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que desestima el recurso especial interpuesto contra el procedimiento de licitación «Destrucción, transformación de cadáveres de animales y subproductos en harinas y grasas, el posterior transporte de las harinas y grasas obtenidas y la eliminación de las harinas y grasas producidas mediante procedimientos autorizados».

En primer lugar la Sala califica a la SIRASA como poder adjudicador que no es Administración Pública, y declara que dado el importe del contrato está sujeto a regulación armonizada, siendo su naturaleza un contrato privado, regido en cuanto a su preparación y adjudicación por la LCSP, y en cuanto a sus efectos y extinción por derecho privado.

Las cuestiones controvertidas versan sobre los siguientes extremos:

Competencia de SIRASA para convocar un procedimiento de licitación público para la eliminación y transformación de subproductos animales, cadáveres. La Sala considera que solo la recogida y transporte a la planta o al uso y destino autorizado tiene la consideración de servicio público, no teniendo dicha naturaleza la eliminación y transformación de los subproductos animales, cadáveres. No obstante la responsabilidad del gestor incluye también, en virtud de los Decretos 56 y 57/2005, el darle el uso adecuado a la normativa ya que desde el mismo momento de la recogida el responsable del transporte a planta y eliminación es el gestor de servicio público. Son obligaciones complementarias a las

establecidas en la normativa y deben llevarse a cabo por el titular de la gestión, por lo que está justificado que formen parte de la licitación pública.

Fijación del presupuesto de licitación. El apdo. 2.3 del PCAP establece un precio único para la transformación de los productos provenientes de vehículos que realicen directamente la recogida y un céntimo inferior para los que procedan de centros de transferencia. A juicio de la Sala está plenamente justificada dicha distinción por el abaratamiento de costes, siendo evidente que será menor el coste de descarga desde camiones nodriza que desde camiones de recogida directa, aportándose justificación suficiente de los datos de los últimos 6 años, a efectos de confeccionar la oferta.

Descuentos por defectuosa ejecución de contratos, previstos en la cláusula 2.2.3.2 PCAP. La Sala entiende que dichas previsiones afectan a la fase de ejecución del contrato y por ende no sometidos a la LCSP, recordando que dicha fase se rige por el derecho privado, donde existe libertad de pactos.

Por último, la formación de la Mesa de Valoración, prevista en la cláusula 4 del PCAP, es correcta dado que los arts. 295 LCSP y 21 RD 817/2009 no son de obligada aplicación cuando se trata de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública. No obstante SIRASA ha intentado dar cumplimiento a la recomendación contenida en el Informe 5/2011 de la JCCA, incluyendo personal con funciones de asesoramiento jurídico, pero este debe ser laboral obligatoriamente en aplicación del TR de la Ley de la Administración de la CA de Aragón que dispone que el personal de las empresas públicas de la CA se registrará por el derecho laboral.

En consecuencia la Sentencia desestima el recurso interpuesto y confirma la actuación recurrida.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

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

a) *ST de 17 de marzo de 2014 (JUR/2014/110676). Contrato de servicios. Cláusulas contractuales, proporcionalidad y libre acceso a las licitaciones*

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 5 de Zaragoza por la que se estima el recurso interpuesto contra resolución del IASS sobre desestimación de alegación en relación con el contenido del PCAP del procedimiento abierto del contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada.

La cuestión controvertida pivota sobre la necesidad de verificación del ajuste de las cláusulas contractuales al principio de proporcionalidad y libre acceso a las licitaciones, así como de no discriminación e igualdad de trato entre candidatos.

La Sala desestima el recurso de apelación por entender que el juez de instancia ha valorado acertadamente que la Administración no ha motivado en el capítulo relativo a la solvencia económica, la exigencia simultánea de seguro de responsabilidad civil y la presentación de dos certificaciones de entidades financieras, como tampoco se motiva la desproporción derivada de la exigencia en el ámbito de la solvencia técnica de la dirección de dos obras de sentido asistencial, cuando el objeto del contrato es la dirección de obras y coordinación de la construcción del inmueble, siendo este lo esencial y no su destino asistencial. Idéntica circunstancia concurre en la exigencia de implantación de la firma adjudicataria en Zaragoza, si la obra ha de realizarse en el municipio de Utebo, y en la exigencia de titulación en materia de prevención de riesgos que con carácter general no viene exigida para este tipo de profesionales.

**b) ST de 20 de marzo de 2014 (JUR/2014/111291). Contrato de servicio de mantenimiento. Acreditación de cursos de formación**

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 4 de Zaragoza que desestima el recurso interpuesto contra Resolución del SAS por la que se adjudica la contratación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de protección contra incendios de los centros de edificios del Sector Zaragoza II.

La apelación se centra en la indebida puntuación a la empresa adjudicataria de 5 puntos por el criterio relativo a cursos de formación acreditados por el personal en materia de prevención de incendios. En concreto la Mesa de contratación atribuyó a la adjudicataria el máximo de 5 puntos, y 4 puntos a la mercantil recurrente. El PCAP establecía que los cursos de formación estuvieran acreditados. Dado que la adjudicataria únicamente se había limitado a enumerar los cursos realizados, la Sala entiende que ha de estimarse el recurso en este punto y anular la sentencia anulada. No obstante, como quiera que la no presentación de dichos cursos constituye un vicio o defecto subsanable, se acuerda como reconocimiento de situación jurídica individualizada la retroacción procedimental para que la Mesa requiera de subsanación y proceda a la adjudicación a la oferta más ventajosa.

**c) ST de 18 de julio de 2014 (JUR/2014/249845). Contrato de asistencia. Exigencia del Libro de Edificación de la LOE en obras públicas. Su presentación no forma parte del contrato de asistencia**

Dictada con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado contencioso administrativo de Huesca que desestimaba el recurso deducido contra la resolución del Alcalde de Jaca por la que no se procedía al abo-

no de una factura emitida por un estudio de arquitectura correspondiente a la redacción del Libro del Edificio del Pabellón de Hielo de Jaca.

El objeto del procedimiento de instancia lo era la mencionada resolución por la que la Administración no aceptaba la factura presentada al considerarla abusiva y desproporcionada, no ajustándose el precio a una correcta estimación en función del contenido de la prestación. En particular la resolución municipal consideraba que el Libro de Edificación contemplado en la Ley de Ordenación de la Edificación no era exigible en los contratos de obra adjudicados por la Administración Pública, al estar sometidos a la LCSP. No obstante el Ayuntamiento admite que los servicios técnicos requirieron la presentación del mencionado libro, si bien no resultaba aceptable que su importe ascendiera a la cantidad de 325.541 €.

La Sala estima el recurso de apelación al entender que la redacción del Libro de Edificación no formaba parte de contrato de asistencia, debiendo abonarse el importe correspondiente a la realización del trabajo, máxime cuando la propia administración reconoce que el Libro fue encargado por los Servicios Técnicos, con independencia de su obligatoriedad, y se ha limitado a declararlos excesivos sin que nada haya acreditado al respecto.

*d) ST de 17 de octubre de 2014. (JUR/2014/295934). Acuerdo Marco de homologación del servicio de limpieza ecológica y retirada selectiva de residuos en Zaragoza capital y provincia de los edificios de la Administración de la Comunidad Autónoma*

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón desestimatorio del recurso especial deducido frente a la Orden de la Consejera de Presidencia del GA que adjudicó el mencionado contrato de servicios.

En primer lugar, se discute la puntuación otorgada al criterio «productos» que tal y como disponía el PCAP se valoraría «hasta un máximo de 20 puntos la presentación de productos con etiqueta a razón de: 1 punto por cada artículo que vaya etiquetado con la etiqueta ecológica europea», añadiendo que no se valoraría «la oferta de productos de distintas marcas para el mismo tipo de limpieza» y prescribiendo como documentación a aportar «certificación de etiqueta ecológica o del fabricante». De lo establecido en el PCAP resulta que cada producto presentado con etiqueta ecológica solo podría obtener un punto, aunque el mismo producto se ofertara para varios tipos de limpieza, así como que la oferta de productos de distinta marca con etiquetado, siempre y cuando no fuesen para el mismo tipo de limpieza, habrían de obtener un punto. Si la recurrente no estaba de acuerdo con tal criterio debió haberlo impugnado en su momento, de forma que la presentación de proposición supuso la aceptación incondicionada del con-

tenido de la totalidad de las cláusulas. Pretender otra interpretación, como hace el recurrente, supone una alteración del pliego, pretendiendo que se le otorguen tantos puntos por el mismo producto por cada presentación que de él se realiza en distintos tipos de limpiezas y por el contrario que no se valoren los diferentes productos presentados por otras empresas para distintos tipos de limpieza que pudieran utilizarse indistintamente en unos u otros. La Sala recuerda que los pliegos no prohibían que pudiera presentarse el mismo producto para diversas categorías en tanto que por su composición pudiera estar indicado para diversos usos profesionales, pero lo que sí prevén es que por cada artículo etiquetado presentado sólo podía otorgarse un punto y así se hizo en el caso de la recurrente. En consecuencia confirma la resolución adoptada por el TACPA.

En segundo lugar, de lo expuesto se desprende que si bien no podía valorarse la oferta de productos de distintas marcas para el mismo tipo de limpieza nada impedía que se valorasen de presentarse para distintos tipos siempre y cuando el ofertado fuera idóneo para ello. La recurrente alega que algunos de los productos ofrecidos por otras empresas no eran aptos para el uso propuesto, sin embargo las fichas aportadas para su acreditación no son concluyentes al respecto, por lo que nuevamente desestima las pretensiones impugnatorias de la recurrente.

En tercer lugar, la Sala confirma la puntuación otorgada a la recurrente dado que para poder obtener la puntuación correspondiente para cada producto presentado debía aportarse certificación de la etiqueta ecológica o del fabricante, y en dos de los productos presentados por la recurrente no se presentó por lo que no fueron puntuados.

En cuarto lugar, frente a la afirmación efectuada por la recurrente, la Sala recuerda que en los pliegos no se exige para poder ser adjudicatario el haber obtenido puntuación en todos y cada uno de los criterios y en concreto un mínimo de puntuación en el de productos. Por ello desestima su pretensión anulatoria a pesar de que una de las adjudicatarias obtuvo cero puntos en el apartado en cuestión.

Y en quinto lugar, tampoco acoge el último argumento de la recurrente, que impugnaba la adjudicación porque alguna de las adjudicatarias presentaba por el criterio «precio trienio» un precio por debajo del previsto en el convenio colectivo, por entender que «la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la aplicación de criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concursos», circunstancia esta no prevista en el PCAP que regía la licitación.



### III. DOCUMENTACIÓN

#### I. SERVICIOS PÚBLICOS

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

Dado el alto número de acuerdos adoptados por el TACPA se opta por dar noticia de aquellos que haciendo referencia a los contratos de gestión de servicios públicos se considera que tienen una especial relevancia para los lectores del informe.

a) *Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre por el que se resuelve recurso especial interpuesto frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa»*

Con motivo de la publicación del anuncio de la licitación del procedimiento reseñado se interpuso recurso especial en materia de contratación contra la aprobación de los pliegos y documentos contractuales del mencionado contrato de gestión de servicios públicos, fundado en una serie de motivos:

En primer lugar se aduce la nulidad del procedimiento por falta de publicación en el DOUE. El Tribunal desestima la pretensión impugnatoria al considerar que el recurrente califica erróneamente el contrato de gestión de servicios públicos como contrato sujeto a regulación armonizada, deduciendo de ello la obligatoriedad de publicación en el mencionado Boletín. El Tribunal recuerda que la Directiva 2008/18/CE no regula los procedimientos relativos a esta tipología de contratos públicos, circunstancia por la que no se encuentran sujetos a regulación armonizada, no resultando obligatoria dicha publicación.

En segundo lugar el recurrente advierte de la ausencia de consignación presupuestaria. El Tribunal desestima la pretensión anulatoria al destacar la existencia de informe de la Intervención municipal en el que se informa el expediente como de tramitación anticipada de gasto. El art. 110.2 TRLCSP permite la tramitación anticipada, incluso con la adjudicación y formalización del contrato, aun cuando su ejecución deba iniciarse en el ejercicio siguiente. Habilitando con ello el procedimiento de contratación sin la incorporación de certificado de existencia de crédito. Como quiera que la normativa reguladora del régimen presupuestario de las entidades locales no establece previsión alguna sobre la contratación anticipada, cuando el contrato deba iniciar su ejecución en el ejercicio siguiente al de su tramitación, serán las bases de ejecución del Presupuesto las que establezcan el régimen de la misma. En todo caso, no puede existir certificado de existencia de consignación presupuestaria en el expediente de un pro-

cedimiento de tramitación anticipada, cuya ejecución se inicie en el curso del ejercicio siguiente al de su tramitación.

En tercer lugar, el recurrente solicita la declaración de nulidad de la licitación por incumplimiento de las disposiciones que regulan el equilibrio económico de la concesión, dado que las previsiones de ingresos y gastos reflejadas en el anteproyecto a su juicio no responden a la realidad. Para fundamentar sus argumentos y pretensión anulatoria aporta informe pericial.

El Tribunal inicialmente recuerda que su función es la de control del procedimiento de licitación, no siendo posible que sustituya el juicio técnico de quien establece y determina el precio de un contrato, ni de quien lo valora y aprueba, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y resulte racional y razonable.

La correcta estimación del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el mismo responde a los precios del mercado. El art. 87.1 TRLCSP establece las pautas para la determinación del precio, atendiendo al precio general de mercado, pero no determina la exactitud de los límites, procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso. El Anteproyecto de explotación parte de una estimación de ingresos y gastos en función del cálculo de diversas hipótesis, sosteniendo el recurrente hipótesis de cálculo distintas. El Tribunal afirma que la estimación es siempre una valoración aproximada, máxime si consiste en cuantificar y evaluar el futuro de los viajeros que tendrá un transporte público a lo largo de 10 años. Tanto la previsión de la evolución de ingresos y gastos del Anteproyecto de explotación como la del informe pericial que funda la impugnación son una mera hipótesis. La divergencia entre ambas radica en la distinta forma de calcular los datos históricos sobre los que se realiza la proyección, los 10 años anteriores o los 3 como hace el informe pericial que aporta el recurrente.

A juicio del Tribunal todas las estimaciones del Anteproyecto aparecen justificadas, sin que tenga nada que añadir, ni reprochar a cuanto en él se contiene. En todo caso la estimación del importe debe ser adecuada para que los posibles licitadores en un mercado de libre competencia puedan cumplir el contrato. En este sentido recuerda lo afirmado por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi que manifiesta que «el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que con ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas». Como quiera que el recurrente no ha acreditado la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, al limitarse a sus propias previsiones sobre usuarios, gastos e in-

gresos, dependientes en gran medida del modelo de negocio y organización de la empresa, y no ha considerado factores como el nuevo diseño de líneas previstos en el anteproyecto, con incidencia en mejoras de recorrido y frecuencias, transbordo gratuito, mayor número de paradas y mejora de ubicación y acondicionamiento con marquesinas, concluye que no se advierte un inadecuado sistema de retribución financiera que haga inviable la prestación del servicio objeto de licitación.

En cuarto lugar, el recurrente solicita la declaración de nulidad parcial del art. 8 del PPT, que a su juicio excluye el *factum principis* como supuesto en el que la Administración viene obligada a restablecer el equilibrio económico de la concesión. El Tribunal desestima la pretensión anulatoria al considerar que el mencionado artículo viene a aclarar qué incrementos de costes no pueden considerarse impuestos por el Ayuntamiento y en consecuencia no pueden alegarse como ruptura del equilibrio económico. El *factum principis* o hecho del príncipe, previsto en el art. 282.4 TRLCSP como un supuesto de obligación de restablecimiento por la Administración del equilibrio financiero, existe cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general de *imperium*. Por lo tanto debe ser imputable a decisiones administrativas que condicionan el régimen económico de la concesión, existiendo una relación de causalidad entre la medida y el perjuicio, circunstancias que no concurren en los supuestos excluidos en el art. 18 PPT impugnado, que hace referencia a decisiones adoptadas por otras Administraciones con carácter general o en pactos acordados en convenios colectivos de aplicación.

b) *Acuerdo 6/2014, de 4 de febrero, por el que se resuelve recurso especial interpuesto frente a la adjudicación del contrato «Gestión integral del servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento» convocado por el Ayuntamiento de Terrer*

Con motivo de la adjudicación por el Pleno del Ayuntamiento de Terrer del contrato de gestión de servicio público reseñado se interpone por una de las mercantiles que habían concurrido al procedimiento licitatorio recurso especial contra la misma.

Previamente a analizar los motivos de anulación aducidos por la recurrente el Tribunal examina la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, recordando que corresponde a quien recurre su acreditación.

El art. 40 TRLCSP declara susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000€ y el plazo de duración superior a 5 años. La fijación o deter-

minación del mencionado presupuesto es una cuestión de prueba, que incumbe a las partes proponer e impulsar. Ni en el escrito de interposición del recurso ni en el informe preceptivo presentado por el Ayuntamiento se acredita ni argumenta la concurrencia de dicha circunstancia, no proponiéndose prueba alguna en dicho sentido. Asimismo tampoco se aporta medio de prueba alguno de los que el Tribunal pueda averiguar que el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato sea superior a 500.000€, al contrario del expediente se deduce que en la forma en que debe ser calculado ni alcanza ni aproxima a dicha cuantía.

Por todo ello inadmite el recurso, remitiendo el mismo al Ayuntamiento de Terror para que determine su tramitación como recurso administrativo, de conformidad con lo preceptuado en la LRJPAC.

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

### *a) Informe 2/2014, de 22 de enero, sobre calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales*

Ante la consulta planteada por el Secretario General Técnico del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, sobre la posible calificación como contratos de gestión de servicios públicos de aquellos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación y la responsabilidad frente a terceros dependiendo del tipo de contraprestación que se establezca, y sobre la posible inclusión de cláusulas propias de contratos de gestión de servicios públicos en contratos de servicios, la Junta aborda las siguientes cuestiones:

En primer lugar, en base a la normativa y jurisprudencia comunitaria, deslinda el contrato de servicios y de concesión de servicios destacando que la definición comunitaria de concesión de servicios precisa que el derecho a explotar obras o servicios implique la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial, considerando que se asume el mismo cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o servicios objeto de concesión.

Las consecuencias de dicha distinción no son baladíes. La tipificación de un contrato como de servicios o como concesión de servicios conlleva su consideración como contrato sujeto a regulación armonizada, sujeto a la Directiva 2004/18 o la exclusión de la misma, así como un distinto grado de sometimiento al régimen especial de reclamaciones en materia contractual, cuestión de nulidad y recurso especial y distintos plazos de duración. De ahí la importancia de una adecuada calificación de las prestaciones a contratar.

En segundo lugar, dado que la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario es un elemento definitorio de un contrato de concesión de servicio público, es preciso analizar las condiciones y efectos en los que se produce la transferencia del riesgo de explotación.

En este sentido recuerda que tanto el TJUE como la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre concesiones del año 2000, reconocen que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración del usuario, admitiendo la existencia de dicho riesgo incluso en los supuestos de peajes ficticios, abonados por el concedente, si la remuneración depende del nivel de frecuentación. Lo determinante es que se transfiera la responsabilidad de la explotación, dependiendo de la existencia de riesgo el que el contrato se califique de concesión, o en su ausencia, de servicios. Para que exista concesión de servicios la remuneración al prestador ha de realizarse en función del uso o frecuentación del servicio, sin que se prevean mecanismos de compensación que anulen el riesgo. En todo caso, el riesgo de explotación debe distinguirse del mero riesgo inherente a todo contrato público.

En tercer lugar, procede a la interpretación del contrato de gestión de servicio público regulado en el TRLCSP a la luz de la normativa comunitaria, de forma que solo la concesión se encuadraría en el concepto de concesión de servicios. La diferencia fundamental entre un contrato de servicios y una concesión de servicios ya no es el destinatario de la prestación, sino el régimen de explotación, de forma que la explotación de un mismo servicio público podrá configurarse mediante contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión o como contrato de servicio.

Como consecuencia de ello la respuesta a la primera cuestión planteada en la consulta, en la que se cuestiona si puede considerarse contrato de gestión de servicio público aquel en el que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario o social así como la responsabilidad frente al usuario por la incorrecta ejecución del servicio, consistiendo la contraprestación en un precio a tanto alzado que no varía con el número efectivo de usuarios, ha de ser negativa. Por no existir transferencia de riesgos en la explotación, debiendo calificarse por ello como contrato de servicios.

En relación con la segunda cuestión planteada, la calificación como contrato de gestión de servicio público de aquellos en los que, junto con las características anteriormente reseñadas, la contraprestación consista en una cantidad por usuario del servicio y periodo de uso, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales, la Junta condiciona su respuesta a una serie de circunstancias. En particular reserva la calificación del contrato como concesión, y por ende como gestión de servicio público, al supuesto en que se

produzca una transferencia de la totalidad o una parte significativa del riesgo, aunque esta sea limitada por su configuración jurídica. La mera asunción por el adjudicatario de la totalidad de los gastos de explotación del centro y la responsabilidad frente a terceros por incorrecta ejecución no permitirían tipificar el contrato como concesión.

Por último, en relación con la tercera cuestión planteada, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de los contratos de servicios sanitarios o sociales cláusulas que permitan usar a la administración prerrogativas propias de los contratos de gestión de servicios públicos, la Junta contesta afirmativamente en base al principio de libertad de pactos. En concreto no existe inconveniente alguno a la inclusión de obligaciones del contratista tales como la continuidad del servicio, el cuidado del buen orden del mismo, la indemnización por los daños que se causen a terceros como consecuencia de su realización salvo que sea por causas imputables a la Administración, y la entrega a la Administración de las obras e instalaciones en estado de conservación y funcionamiento adecuados. Asimismo, en relación con las prerrogativas, considera posible la inclusión de cláusulas que otorguen a la Administración el poder de dirección y control del contrato, la posible intervención y rescate de las prestaciones para garantizar la continuidad de las mismas, y la reversión de las obras e instalaciones realizadas a su costa por el adjudicatario.

Por lo que se refiere a las causas de resolución del contrato de servicios sociales o sanitarios, junto con las causas establecidas para esta tipología de contratos recuerda que el art. 223.h) TRLCSP permite que en el contrato se incluyan las causas de resolución que se consideren convenientes.

La Junta concluye, por todo ello, que la ausencia de riesgo en la explotación y la calificación del contrato como de servicios de prestaciones en el ámbito social o sanitario permite diseñar una adecuada arquitectura del régimen contractual que facilite la gestión administrativa de las mismas.

**b) Informe 3/2014, de 22 de enero, sobre elementos distintivos legales y jurisprudenciales entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicio público. Carácter cofinanciado y modificaciones previstas**

Ante la consulta planteada por el Presidente de la Comarca de Valdejalón en relación con el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos domésticos a prestar en todos los municipios que la integran, previa delegación de estos del ejercicio de la competencia para ello, la Junta manifiesta el siguiente parecer. En primer lugar identifica las tres cuestiones genéricas susceptibles de pronunciamiento: Adecuada calificación de un contrato que tiene como objeto la reco-

gida de residuos; su carácter cofinanciado y la posibilidad de incluir en el mismo la previsión de una determinada modificación.

En relación con la calificación del contrato la Junta recuerda la ampliación del ámbito objetivo del contrato de servicios llevada a cabo en la actual redacción del art. 110 TRLCSP, que entre otros aspectos conlleva la eliminación del requisito de que el servicio fuera complementario para el funcionamiento de la Administración, para poder ser calificado como tal. En consecuencia se produce una concurrencia en el objeto de los contratos de servicios y gestión de servicios públicos, habiendo procedido a determinar la jurisprudencia comunitaria los elementos que convierten ese servicio en un contrato de servicio público.

Así es necesario que el objeto del contrato pueda ser calificado como un servicio público. Si este se presta a través de gestor interpuesto se puede estar ante un contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión, o ante un contrato de servicios. La asunción por el concesionario del llamado «riesgo de la explotación» se convierte en elemento esencial para efectuar dicha distinción, de forma que en el contrato de servicios no se produce aquella. El denominado «riesgo de la explotación» incide en el objeto del contrato, que debe estar constituido por la gestión de la totalidad del servicio público o de unidades funcionales integras, asumiendo el concesionario la potestad de organización y planificación del servicio, y sobre la contraprestación, de forma que el concesionario asume tanto las pérdidas como las ganancias, estando sujeta a cuestiones ajenas a la voluntad de este. En todo caso, dicho riesgo de la explotación ha de diferenciarse del riesgo y ventura propio de todo contrato público.

Existen indicios de asunción del riesgo de la explotación por el concesionario, tal y como ha declarado la Junta Consultiva del Estado, en los siguientes supuestos:

- La ya mencionada potestad de organización y gestión del servicio, y la vinculación de la contraprestación a elementos variables sometidos a condiciones de mercado desvinculadas de la voluntad del concesionario. Solo si existe verdadera incertidumbre sobre la rentabilidad de la prestación del servicio estamos ante la gestión de un servicio público.
- La incorporación al objeto contractual de obligaciones de inversión previas a la explotación del servicio.

En el supuesto concreto informado, la duda se plantea sobre la calificación como contrato de servicios o de gestión de servicios públicos de un contrato de recogida de residuos domésticos que va a licitar la comarca por delegación de los municipios que la integran. Para ello analiza el objeto del contrato y la con-

figuración del mismo en el conjunto de la gestión integral del servicio público, así como la contraprestación del contratista.

La naturaleza de servicio público de la actividad objeto de licitación es indudable, en virtud de lo establecido tanto en la LRBRL, en la LAL de Aragón y en el Reglamento de Bienes de 1986, que califica como tal al servicio de recogida y tratamiento de residuos. En el supuesto informado el objeto contractual se circunscribe al transporte de los residuos, siendo los Ayuntamientos quienes aportan los contenedores y la comarca en cuanto a la recogida selectiva, incluso una estación de transferencia de residuos. La organización del servicio se reserva de manera casi completa a los Ayuntamientos, por lo que el objeto del contrato no parece incluir una unidad funcional de la gestión del contrato. En consecuencia parece que nos encontramos ante una prestación accesoria subsumible en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP.

Junto a ello, tras exponer numerosos pronunciamientos de diversas Juntas Consultivas de Contratación, la Junta considera que no concurre el requisito de la transferencia del riesgo de la explotación al concesionario.

En relación con la contraprestación, que consiste en un precio cierto anual a pagar por la Comarca a través de las aportaciones correspondientes de los municipios, con independencia del mayor o menor uso del servicio por los usuarios finales, y en la previsión de los efectos que tendrá el incremento o disminución de frecuencias o número de contenedores, la Junta entiende que todo ello excluye totalmente el riesgo en la explotación. En definitiva la configuración de la contraprestación del servicio al no vincularse a ningún elemento de incertidumbre, como pudiera haber sido el nivel de uso del servicio, vinculando el precio a la tonelada de residuos recogida, excluye la asunción del mencionado riesgo.

En relación con el carácter de contrato cofinanciado, dado que la financiación se efectúa por los Ayuntamientos y la comarca, la Junta entiende que todos los elementos definitorios de la misma deberán determinarse previamente mediante el correspondiente Convenio o Protocolo de Actuación.

Por último, ante la posibilidad de incluir como un supuesto de modificación contractual prevista, la posible baja de un municipio por desaparición, impago o revocación de la delegación, la Junta entiende que solo podría ser considerada como tal, la señalada como «incremento/disminución de frecuencias y número de contenedores» dada la previsión en el pliego de condiciones de circunstancias verificables de forma objetiva, con indicación del porcentaje del precio al que como máximo podrán afectar y al procedimiento a seguir para la modificación. En los demás supuestos, tales como la previsión de modificación por baja de uno o varios municipios cofinanciadores, considera que nos encontraríamos ante un supuesto bien de quiebra de un presupuesto básico para la



pervivencia del contrato (su financiación) o de un incumplimiento de la obligación legal del pago, por lo que las consecuencias jurídicas de dicha previsión debieran estar contenidas en el Convenio o protocolo de actuación y en el Pliego de condiciones del contrato.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

### A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) *Dictamen 88/2014. Resolución del contrato de servicios de dirección técnica de la obra «Infraestructura Municipal de Desarrollo Industrial y Agrícola, 8ª Separata del Tomo III Explanación y Urbanización», suscrito por el Ayuntamiento de Calanda, por incumplimiento de obligaciones esenciales*

El Ayuntamiento de Calanda adjudicó por un importe de 11.950€ y una duración equivalente a la de la obra que se trataba de dirigir técnicamente, un contrato para la prestación del servicio de dirección de la obra que se describe en el enunciado de este comentario. En el curso de la ejecución del mismo el Ayuntamiento decide proceder a la resolución del contrato por supuesto incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, consistentes en que el adjudicatario ha efectuado una propuesta de modificación del proyecto, ha procedido a la suspensión total de las obras, ha incumplido los deberes de dirección y se ha negado a certificar las obras ejecutadas.

Si bien ninguna de las conductas descritas están calificadas en el pliego de condiciones como «obligaciones esenciales», no obstante la propuesta de resolución contractual remitida al Consejo Consultivo considera que el carácter de esencialidad puede derivar de la realidad de lo llevado a cabo por el contratista y de la motivación que realice el órgano que pretende la resolución contractual.

Para la emisión de su parecer el Consejo reitera inicialmente su doctrina por la que «el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible», indicando que «las circunstancias de la ejecución del contrato son las que deben llevar a la convicción de que el contratista ha incumplido reiteradamente sus obligaciones y que además, en modo alguno muestra la voluntad de reintegrarse al pacífico ejercicio de sus obligaciones y derechos contractuales». Desde dicha premisa examina el tipo de obligaciones supuestamente incumplidas y el razonamiento realizado por el Ayuntamiento al respecto.

En relación con la propuesta de modificación del proyecto realizada por la dirección técnica, el Ayuntamiento considera que es innecesaria, no mejorando el proyecto al reducir las prestaciones en lo relativo a la red de pluviales, resultando altamente onerosa para el Ayuntamiento al conllevar la resolución de lo

contratado con la correspondiente indemnización y el riesgo de pérdida de la subvención que sufraga las obras.

Respecto de la suspensión total de las obras ordenada por la dirección técnica, el Ayuntamiento considera que lo fue sin ostentar competencia para ello, sin observar procedimiento alguno para su adopción, ni contar con justificación de ningún tipo. Asimismo destaca que una vez denegada por el Pleno corporativo la modificación del proyecto propuesta por la dirección técnica y ordenada por aquel el levantamiento de la suspensión se hizo caso omiso de la misma.

En relación con el incumplimiento de los deberes de dirección, el Ayuntamiento considera que desde el inicio de los trabajos se desatendió la dirección técnica de las obras dando para ello las instrucciones precisas al contratista.

En relación con la negativa a certificar las obras realizadas, el Ayuntamiento señala que no se ha emitido certificación alguna, sino meras relaciones valoradas, realizadas omitiendo el procedimiento legalmente establecido para ello, y valorando la obra ejecutada en 0€, sin que resulten admisibles las razones expuestas por la dirección. Se han desatendido los requerimientos del Ayuntamiento para la emisión de las correspondientes certificaciones de obra.

El Consejo considera que la motivación de la propuesta de resolución resulta ajustada a lo acontecido en el supuesto examinado. En el momento de la emisión del informe, la realidad no es otra que la de una paralización total de la obra motivada por el incumplimiento de sus obligaciones por la sociedad contratada para ejecutar la dirección de la misma, siendo estas obligaciones esenciales al frustrar el objeto fundamental que determinó su contratación: la realización de las labores de dirección técnica de la obra.

En consecuencia resulta ajustada a derecho la propuesta de resolución contractual en virtud de lo previsto en el art. 223 f) TRLCSP, recordando lo preceptuado en el art. 225.2 TRLCSP en relación a los efectos de la misma en el supuesto de incumplimiento culpable del contratista.

b) *Dictamen 197/2014. Interpretación sobre revisión de precios a los lotes 1 a 4 del Acuerdo Marco para la contratación centralizada de los servicios de telecomunicaciones con destino a los Departamentos y Organismos Públicos, Sociedades Mercantiles autonómicas, fundaciones públicas y Consorcios de la Comunidad Autónoma de Aragón*

Tras la creación mediante Ley 7/2001, de 31 de mayo, de la entidad de Derecho Público «Aragonesa de Servicios Telemáticos», se acordó la celebración de un Acuerdo Marco para la contratación centralizada de los servicios de telecomunicaciones con destino a los órganos y entidades autonómicos descritos en el enunciado de este comentario, por un periodo de cuatro años, prorrogables por

otros dos. En el pliego de condiciones se establecía que transcurrido un año desde la formalización del contrato se aplicará la revisión de precios conforme a sendas formulas que se describen en función de los lotes adjudicados. En relación con parte del lote 1, y lotes 2 a 4 se establece como índice de referencia la tasa de variación interanual del IPC Servicios. Base 26.

Como quiera que el IPC sector servicios Base 2006 ya no actualiza los datos al haber sido sustituido por otro índice, sin que en el pliego se hiciera previsión alguna al respecto, la Administración previa consulta al INE, consideró que el mencionado índice había sido sustituido por el Base 2010 siendo definitivo un año después de su publicación. Una de las mercantiles adjudicatarias del Acuerdo Marco, a pesar de las indicaciones al respecto emanadas desde la Administración contratante, remitió sus facturas sin revisión de precios.

La oposición del contratista a la revisión de precios planteada por la Administración esencialmente consistía en la no existencia de previsión alguna respecto de un posible índice alternativo. El Consejo, tras recordar que una de las notas básicas de la interpretación de los contratos lo es la del respeto a la voluntad de las partes, consideró que aceptar la postura del contratista equivaldría a decir que no habría revisión alguna de precios a partir de la desaparición del índice referenciado. Circunstancia esta que supondría interpretar el contrato contra la expresa voluntad de las partes que expresamente pactaron una fórmula de revisión. La ausencia formal en los Pliegos de una previsión de sustitución de un índice por otro, supone poner la gramática en lugar del derecho, no teniendo ninguna fuerza jurídica puesto que puede ser integrado en ese lugar el índice que por la voluntad administrativa ha venido a sustituir.

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

Nuevamente el alto número de acuerdos adoptados por el TACPA aconseja que se proceda a dar noticia de aquellos acuerdos relativos a los contratos de servicios que puedan tener un especial interés para los lectores del Informe.

### *a) Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014. Desistimiento de la licitación del contrato Servicio de Hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, II, III*

La cuestión controvertida radica en determinar la concurrencia de las circunstancias que habilita el art. 155 TRLCSP para acordar el desistimiento del procedimiento: infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento.

El primer motivo aducido para ello por el SALUD radica en que, dada la calificación del contrato como contrato de servicios, debió exigirse la clasificación del contratista en virtud del art. 65 TRLCSP. El Tribunal desestima el mo-

tivo al considerar que tras la entrada en vigor de 25/2013, de 27 de diciembre, de conformidad con la circular 1/2014 de la Abogacía del Estado, en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario de aquella sigue siendo de aplicación lo preceptuado originariamente en el art. 65 TRLCSP. Por lo que no resulta exigible clasificación del contratista en los contratos de servicios que tengan por objeto la prestación de servicios sociales dado que en el art. 37 RGLCAP entre los diferentes grupos y subgrupos previstos no existe ninguno bajo cuyos epígrafes pueda subsumirse la figura de este contrato.

El segundo de los motivos de desistimiento aducido consiste en considerar que los pliegos de condiciones aprobados contienen cláusulas propias de contratos de gestión de servicios públicos, tales como duración, prórroga, régimen de recursos aplicables, restablecimiento del equilibrio, intervención o limitación de la subcontratación, que resultan incompatibles con los contratos de servicios. El tribunal rechaza asimismo el motivo por considerar que muchas de las especialidades relativas a un contrato de gestión de servicio público se puede incorporar al pliego de un contrato de servicios, no comportando por ello vicios insubsanables.

El tercer motivo de desistimiento radica en la exigencia como requisito de solvencia, inicialmente prevista en el pliego, de una autorización que el acuerdo 52/2013 consideró inexigible. El Tribunal recuerda la argumentación dada en su momento al respecto, de forma que dado el carácter reglado de la autorización exigida, debiera considerarse suficiente con el compromiso de su cumplimiento por el licitador para valorar su oferta. Por lo que no se cuestionaba la exigencia de la autorización administrativa, que resultaba preceptiva y reglada para poder desarrollar adecuadamente la actividad, sino cómo se interpretaba la exigencia y sus consecuencias jurídicas.

No obstante, la exigencia de un requisito de solvencia técnica, no previsto en el TRLCSP, constituye un motivo justificado de desistimiento de la licitación, siendo este motivo de anulación de una licitación, por lo que la exigencia de autorización administrativa (no subsanable de las normas de preparación del contrato), en cuanto tuvo un efecto limitativo a la concurrencia, sí debe ser considerada infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato.

**b) Acuerdo 12/2014, de 25 de febrero. Contrato de servicios. Adjudicación. Valoración de propuestas. Error en la aplicación de fórmulas que no incide en la adjudicación del contrato. Motivación de la adjudicación. Estimación parcial que mantiene en sus propios términos el acuerdo de adjudicación**

Dictado con motivo de recurso especial interpuesto contra el acto de adjudicación del contrato de servicios sujeto a regulación armonizada denominado

«Conservación y mantenimiento de aparatos elevadores en los edificios judiciales de Aragón».

Se aprecian tres motivos de interposición del recurso:

**Primero:** Valoración de los criterios de los núms. 2 y 3 establecidos en el Anexo VII del PCAP, por entender que han sido indebidamente valorados.

El criterio número 2 hace referencia a «tiempo máximo de respuesta frente a emergencias». A juicio del Tribunal la recurrente confunde el tiempo máximo de respuesta a una emergencia con el tiempo medio referido a los distintos tiempos ofertados por las empresas licitadoras. El criterio de adjudicación no puede estar más claramente delimitado, la administración considera como prestación ineludible conocer el tiempo en que el contratista se compromete a prestar el servicio ante una emergencia en el lugar en que se produzca. Ese conocimiento no se alcanza si para ello han de tenerse en cuenta circunstancias diferentes a la propia emergencia a la que hay que responder. El tiempo máximo de respuesta ante una emergencia lo es siempre en relación con esa emergencia, se produzca donde se produzca, y no al conjunto de emergencias que puedan producirse. El tiempo de respuesta se inicia con la recepción de la llamada de necesidad y puesta en conocimiento al contratista y finaliza cuando una unidad de emergencia de este hace llegar el equipo y personal adecuado. Cualquier otra interpretación pretende que la Mesa aplique un criterio no recogido en el PCAP.

En relación con el criterio 3 «Tiempo máximo para restablecer el servicio en el resto de averías», tampoco cabe asimilar el «tiempo máximo» con el «tiempo medio» como pretende la recurrente. Por ello por los mismos motivos expuestos anteriormente procede desestimar el motivo de recurso.

**Segundo:** Error en la aplicación de las fórmulas correspondientes a los criterios 2 y 3. Dado que no se excluyó el tiempo del licitador que ofrecía el valor más bajo, como se reconoce en el informe emitido por el propio departamento de Presidencia, se admite el motivo del recurso, si bien como no incide en el acto de adjudicación no exige ni implica volver sobre el mismo procedimiento y expediente.

**Tercero:** Ausencia de motivación del acto de adjudicación al limitarse a señalar que se corresponde con la oferta más ventajosa.

Se rechaza el motivo porque se ha acreditado que junto con la adjudicación se adjuntó el anexo con todas las valoraciones de las ofertas, y las ofertas de todas las empresas con los promedios de cada una para la aplicación de las fórmulas previstas en el PCAP. La aplicación de fórmulas sobre magnitudes,

no requieren de mayores explicaciones ya que en su aplicación no interviene juicio subjetivo alguno.

c) *Acuerdo 13/2014, de 4 de marzo. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Contrato administrativo especial con objeto de contrato de servicios. Solvencia exigida. Peña taurina que carece de la legitimación activa exigida para interponer recurso especial en tanto no acreditan el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro), que la anulación, en su caso, de las cláusulas del PCAP tendría para la misma, ni la titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica vinculada al objeto del contrato. Imposición de multa. Inadmisión*

La Peña Taurina Nicanor Villalta de Alcorisa Teruel interpone recurso especial contra la cláusula quinta del PCAP que rige la capacidad y solvencia económica financiera y técnica para la contratación de los espectáculos taurinos en el coso de la Misericordia de Zaragoza.

El Tribunal considera que a pesar de la calificación dada al contrato por el PCAP, como contrato administrativo especial, el contenido de su objeto sería el propio de un contrato de servicios de los previstos en la categoría 26 del Anexo II, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, por lo que al superar su valor estimado los 100.000€, el acto de aprobación de los pliegos sería recurrible

A la luz del art. 42 TRLCSP que atribuye legitimación para la interposición del recurso especial a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso, y a pesar de la amplia interpretación dada al mismo por el Tribunal, entiende que no puede convertirse en una acción pública universal justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad. Exigiendo por ello la existencia de un interés directo o legítimo afectado por la resolución del recurso.

Tras resaltar que el ámbito territorial de la Asociación no coincide con el del desarrollo del contrato, entiende que la condición de asociación cultural de la Peña, cuyo objeto no es organizar festejos taurinos, ni gestionar plazas de toros ni representar los intereses de los empresarios, determina que la solvencia técnica y económica exigida en la licitación no afecte a su esfera jurídica. En consecuencia inadmite el recurso por carecer la recurrente de legitimación activa.

d) *Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre. Contrato de servicios. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Plazo de interposición recurso especial. Subrogación*

El Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de Aragón interpone recurso especial frente a los PCAP y PTT que rige la licitación convocada por el IASS para la gestión del «Servicio integral de 2 hogares infantiles y 3 pisos tutelados para acogimiento residencial de menores tutelados por el IASS en la ciudad de Zaragoza». Centraremos nuestra atención en los aspectos relacionados

con la legitimación activa del Colegio y la determinación del *dies a quo* de inicio de cómputo de plazo para la interposición del recurso.

La primera cuestión controvertida gira sobre la legitimación activa para la interposición del recurso del mencionado Colegio Profesional reiterando el TACP su criterio ya manifestado, que sostiene un concepto amplio de legitimación, reconociendo la misma a quienes aleguen un interés directo o legítimo, Por ello se debe admitir la legitimación del Colegio para impugnar la cláusula relativa al deber de subrogación del 100% del personal, al existir un interés legítimo consistente en la defensa de las condiciones y el ejercicio profesional. No concurriendo dichas circunstancias respecto de la impugnación de cláusulas del PTT que la recurrente entiende que obligan a la adjudicataria a asumir unos gastos que están fuera de su objeto.

La segunda cuestión controvertida radica en determinar el plazo de interposición del recurso contra los mencionados Pliegos. El Tribunal recuerda lo dispuesto en los arts. 44.2.a) y 158 TRLCSP, que establecen que el plazo será de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que los pliegos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento, con la expresa previsión de que si no se ha facilitado el acceso por medios electrónicos se enviarán a los interesados en un plazo de 6 días a partir de la recepción de la solicitud en dicho sentido, siempre que la presentación sea anterior a la expiración del plazo de presentación de las ofertas.

Tras ello el Tribunal recuerda la doctrina que ha emanado al respecto porque se entiende que el *dies a quo* se produce cuando se acredita que se tuvo conocimiento de los pliegos, o desde el día final de presentación de proposiciones, cuando no se pueda conocer tal día. Doctrina que el Tribunal mantiene y reitera, a pesar de ser conocedor de la STAN de 30 de octubre de 2013, que desautoriza dicha interpretación, identificando el *dies a quo* como el de la fecha de publicación de los pliegos en el perfil, en virtud de la configuración del plazo de interposición como de caducidad y de los principios de seguridad jurídica, eficacia y celeridad.

El Tribunal expone las razones por las que no comparte el criterio de la AN:

1. Al ser un recurso especial el sistema de cómputo de plazos debe interpretarse en el contexto de la eficacia útil del recurso que exige la Directiva 89/665, y por ello ha de realizarse una interpretación de las causas de inadmisión que facilite el control de posibles ilegalidades. Entender, como hace la AN, como *dies a quo* la publicación en el perfil puede suponer una limitación a la efectividad del recurso.
2. Los plazos de impugnación deben ser claros y ciertos y dichas circunstancias no concurren en el supuesto de la impugnación de los pliegos y se complica al hacer depender la misma de la interpretación de un concepto jurídico indeterminado como «puesta a disposición».

3. El Pliego no aclara la cuestión y por ello puede considerarse que hay una información defectuosa sobre los plazos de impugnación.

4. El plazo de impugnación de pliegos cuenta con una cierta especialidad y particularidad, que se manifiesta en que la legitimación activa es más amplia y en que la declaración de caducidad del recurso conlleva la imposibilidad de cuestionar cualquier motivo de invalidez por aplicación del principio por el que el pliego por consentido es firme.

Por ello el Tribunal mantiene la doctrina manifestada hasta el momento, en tanto el legislador procede a la reforma del TRLCSP o se consolide jurisprudencialmente otra interpretación de la Ley.

Por otra parte por uno de los miembros del Tribunal se formula voto particular en el que manifiesta su disconformidad con el criterio expuesto por el Tribunal y su adhesión a los fundamentos jurídicos de la ya mencionada STAN. Junto a ello resalta que el recurso se interpuso en un Registro distinto al del órgano de contratación o del competente para la resolución del recurso, tal y como dispone el art. 44. TRLCSP, siendo trasladado con fecha posterior al Registro del Tribunal. Por ambas circunstancias califica el recurso como extemporáneo.

Por último, la cuestión de fondo objeto de controversia giraba sobre la subrogación del 100% del personal que hasta el momento prestaba el servicio y las condiciones de titulación exigidas para ello. El Tribunal considera que para acceder a la categoría de «Educador» del PPT, no es requisito esencial estar en posesión de la titulación de educación social o, en su caso, disponer de la habilitación profesional, ya que ni el PCAP ni el PPT son fuente de obligaciones laborales –los pliegos son fuente de obligaciones empresariales, que no pueden desconocer la existencia y realidad de las relaciones laborales que existen en la prestación del servicio–. Asimismo considera que el convenio de aplicación, que es el de la empresa saliente, no exige tal titulación; y porque existiendo titulaciones fungibles se mantiene ese nivel técnico en la intervención social con cualesquiera títulos similares.

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

*a) Informe 9/2014, de 2 de abril, sobre régimen jurídico de la acreditación de la solvencia en los procedimientos de contratación y de la exigencia de clasificación en los contratos de servicios. Clasificación exigible en los contratos de servicios relativos a determinadas prestaciones sanitarias*

Ante la consulta planteada por la Directora Gerente del Servicio Aragonés de la Salud sobre la posibilidad de contratar una serie de prestaciones sanitarias con empresas no clasificadas, la Junta aborda una serie de cuestiones que resulta de interés resaltar.



En primer lugar, ante la desorientación producida con motivo de la reforma del TRLCSP, efectuada por la Ley 25/2013, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, sobre la forma de acreditar la solvencia económica y financiera y la exigencia y efectos de la clasificación, la Junta considera que hasta que no se produzca la aprobación de las normas que establezcan los grupos, subgrupos y categorías en los contratos de obras y servicios, mantiene su vigencia el art. 25.1 TRLCAP. En consecuencia resulta exigible la clasificación para los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000€.

En segundo lugar, las prestaciones que se pretenden contratar (diálisis peritoneal domiciliaria, hemodiálisis domiciliaria, diálisis hospitalaria y procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles), resultan encuadrables dentro de los contratos de servicios configurados por el TRLCSP. El régimen jurídico de la clasificación de los contratos de servicios presenta numerosas lagunas ya que se encuentra regulado en el RGLCAP, que responde al concepto de contrato de servicios previsto en el TRLCAP mucho más restrictivo que el actualmente vigente, por lo que quedan fuera del mismo numerosas prestaciones que en la actualidad han de tipificarse como servicios. Dicha circunstancia concurre en los supuestos de contratos relativos a servicios sociales, anteriormente clasificados como contratos administrativos especiales de acuerdo con el TRLCAP, por lo que las normas vigentes sobre clasificación no contemplan supuesto alguno que permitan otorgar clasificación alguna en dicho sector.

Dicha circunstancia concurre igualmente en los contratos relativos a los servicios sanitarios, si bien con una mayor complejidad. El art. 37 del RGLCAP recoge en el Grupo N «servicios cualificados», el subgrupo I «Actividades médicas y sanitarias», referidos según el Anexo II de dicho texto reglamentario a «trabajos médicos y sanitarios prestados en hospitales, clínicas, sanatorios, consultorios y balnearios o en centros distintos de los anteriores, campañas preventivas y de vacunación, rehabilitación y fisioterapia». Pero dicha regulación, acorde con la configuración de contratos de servicios prevista en el TRLCAP, lo era en relación con contratos de servicios complementarios de la Administración, no tomando en consideración las prestaciones que en aquel momento se tramitaban como contratos de gestión de servicios públicos o administrativos especiales.

En consecuencia, la Junta entiende que la propia definición de las actividades integradas en el subgrupo mencionado, excesivamente amplia y carente de precisión, y el contenido de las prestaciones a contratar anteriormente enumeradas, que en modo alguno pueden ser calificadas como mero complemento de la actividad de la Administración, aconsejan no admitir como suficiente la clasificación en el subgrupo N1. Lo contrario resultaría perjudicial para el interés

general, que exige que los adjudicatarios acrediten una solvencia económica y técnica adecuada para la realización de las prestaciones del contrato, máxime dada la relevancia para el interés público en materia tan sensible como la salud. Asimismo la exigencia de dicha clasificación restringiría la competencia, al impedir el acceso a las licitaciones a empresas especializadas en las prestaciones pretendidas que no cuentan con la clasificación en el mencionado subgrupo N1, vulnerando con ello los principios de libre competencia, control del gasto, y eficiente utilización de los recursos públicos.

*b) Informe 13/2014, de 7 de mayo, sobre valor estimado de servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares*

Con motivo de la consulta realizada por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva sobre los criterios para determinar el valor estimado en los contratos de servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares, la Junta aborda las siguientes cuestiones:

En primer lugar califica las prestaciones a realizar como subsumible en la categoría de los contratos de servicios, incluidos en la Categoría 17 «Servicios de hostelería y restaurante» del Anexo II de la LCSP. Para ello, destaca como elemento delimitador, la causa del negocio jurídico, siendo clara la causa en el contrato objeto de consulta: la prestación de un servicio de hostelería subsumible en la categoría 17 del Anexo II.

En segundo lugar, en relación con la determinación del valor estimado, recuerda que dicho concepto, regulado en los arts. 88.1 y 2 del TRLCSP, permite determinar al objeto de contratación el impacto máximo a que puede ascender el contrato, con particular incidencia en las reglas de publicidad, las de procedimiento de adjudicación, solvencia y clasificación y régimen de recursos. En la licitación debe determinarse el valor estimado y como partida aparte recogerse el IVA. Si bien la determinación de dicho valor respecto de los contratos de obras y concesión de obra pública resulta clara en el TRLCSP, no lo es así respecto de los contratos de servicios, por la variedad de prestaciones y formas de realización que pueden contener.

En concreto, respecto de los contratos de servicios de hostelería y restaurante, su contenido puede ser muy diverso, pudiendo realizarse en establecimientos del poder adjudicador o del contratista o ser sufragados total o parcialmente por el usuario. A falta de regla expresa la Junta plantea diversas posibilidades para su determinación: el canon de explotación a abonar por el empresario; estimar que no existe cuando el precio se abona directamente por el usuario; el volumen de negocio previsible por la gestión del establecimiento, con independencia de quien realiza el pago. Tras desechar las dos primeras opciones opta por el valor

total del negocio incluyendo las aportaciones que pueda hacer la administración contratante en forma de asunción de gastos de agua y luz, y las modificaciones previstas en el pliego.

Por último, la Junta delimita el concepto de valor estimado de otros conceptos económicos fundamentales, tales como presupuesto de licitación, presupuesto del contrato y precio. El primero sirve de referencia para la emisión de ofertas por los licitadores y vendrá determinado por el precio a abonar al contratista o por el contratista, si existe canon, sin incluir prórrogas, ni modificaciones previstas. El presupuesto es el importe máximo limitativo del compromiso económico de la Administración que debe ser objeto de la autorización de gasto, coincidiendo con el presupuesto de licitación más el IVA. Y el precio consiste en la retribución que le corresponde al contratista, excluido el IVA, que se determina en el momento de la adjudicación, en función de la oferta del contratista.