

# 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 tanto en relación con la gestión de los servicios públicos locales como con los contratos de servicios de las entidades locales aragonesas.

## I. LEGISLACIÓN

### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

Durante el periodo temporal que abarca este informe se han aprobado diferentes normas con rango de ley que han afectado de alguna forma a la regulación de los servicios públicos locales, a sus formas gestoras y, en particular, a algunos aspectos de la contratación de los mismos, a las que de forma sucinta haremos referencia en las siguientes líneas.

**La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local**, que supone una sustancial reforma de la Ley de Bases de Régimen Local, incide directamente en la regulación de los servicios públicos locales existente hasta el momento, por ello reseñaremos brevemente alguno de los aspectos más relevantes al respecto.

En primer lugar, efectúa una nueva redacción del art. 25 de la LRBRL que supone un redimensionamiento a la baja de las materias sobre las que, en los términos que establezcan la legislación del Estado y de las CC AA, ostentarán competencias propias los municipios. Junto a ello se reconfigura el listado de

servicios mínimos municipales establecido en el art. 26 de la LRBRL suprimiendo en todos los municipios el «control de alimentos y bebidas» y en los municipios con población superior a 5000 habitantes el servicio de «mercado», circunscribiendo en los municipios de población superior a 20.000 habitantes la prestación de servicios sociales a «la evaluación e información de situaciones de necesidad social y a la intervención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» y en los de población superior a 50.000 habitantes la protección del medio ambiente a actuaciones sobre «medio ambiente urbano». Asimismo se suprime el contenido del art. 28 LRBRL que previa una serie de actividad municipales complementarias de las realizadas por otras Administraciones, tales como educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, sanidad, y protección del medio ambiente.

La incidencia que esta contracción de posibles competencias propias, servicios mínimos municipales y actividades concurrentes tiene sobre los posibles servicios públicos a prestar por éstos es evidente dado que un requisito para su posible gestión indirecta es que haya sido asumida como propia de la competencia de la Administración encomendada. Todo ello sin perjuicio de la posible delegación por el Estado o las CC AA de una serie de competencias que se enumeran en el art. 27 de la LRBRL en su nueva redacción.

En segundo lugar limita la constitución de consorcios, como instrumentos de cooperación interadministrativa mediante los que pueden articularse la prestación de servicios públicos, a la mejora de la eficiencia de la gestión pública, la eliminación de duplicidades y el cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En este sentido el art. 57.3 LRBRL dispone que solo podrán constituirse consorcios cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de convenio y siempre que permita una asignación más eficiente de recursos económicos, y que una vez constituido no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.

En tercer lugar, coherentemente con el espíritu que informa la reforma y con la propia denominación dada a la misma, se condiciona la elección del modo gestor de los servicios públicos a la mayor sostenibilidad y eficiencia de las concretas formas gestoras directas e indirectas que se prevén. En particular se condiciona la creación de entidades públicas empresariales y de sociedades mercantiles locales de capital de titularidad pública a la acreditación de su mayor sostenibilidad y eficiencia en relación con las restantes fórmulas gestoras directas, exigiéndose la elaboración de una memoria justificativa del asesoramiento recibido, en la que constarán los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recabado, que será aprobada por el Pleno y posteriormente publicada, y la emisión de un informe de la Intervención en el que se valorará la sostenibilidad financiera de la propuesta.

Respecto de las sociedades mercantiles locales, se concreta que la forma de sociedad mercantil limitada exigida hasta el momento, será alguna de las previstas en la Ley de Sociedades de Capital, y establece que el capital de las mismas será aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de ellas a las que corresponda su titularidad. La nueva redacción amplía el ámbito de los posibles entes titulares del capital de estas sociedades, al confirmar que en el mismo pueden participar cualesquiera Administración Pública y posibilitar la participación de cualesquiera entidades del sector público, que en términos contractuales no se circunscriben exclusivamente a aquellas que tengan personificación jurídica pública sino que integra asimismo a personificaciones jurídicas privadas que cumplan con los requisitos del art. 3.1 h) del TRLCSP. Circunstancia ésta que plantea interrogantes sobre su alcance y concreción, que sin duda en breve la doctrina afrontará.

En cuarto lugar respecto de las formas de gestión indirecta se mantiene la remisión a las distintas modalidades contractuales, evitando con ello posibles contradicciones entre la legislación de régimen local y la de contratos del sector público, adecuando la denominación de la legislación contractual al actualmente vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y recordando la previsión establecida en el EBEP por la que determinadas funciones solo podrán ser desempeñadas por funcionarios públicos.

En quinto lugar, en línea con la reducción del ámbito de actuación de las entidades locales, se limita el ejercicio de la iniciativa económica local en una interpretación restrictiva del art. 128 de la CE que puede llegar a su desnaturalización. Así su efectiva realización queda supeditada a la garantía del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y a la sostenibilidad financiera del ejercicio de las competencias municipales. Para ello se exige que en el expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de la iniciativa se justifique que no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y se analice la oferta y demanda existente, la rentabilidad y los posibles efectos sobre la concurrencia empresarial. Destaca, asimismo, la supresión de la reserva en favor de las entidades locales de las actividades de suministro de gas y calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales y servicios mortuorios, excluyendo con ello la titularidad pública de las mismas y la posibilidad de su monopolización por la administración local, y el acotamiento de la reserva del abastecimiento de agua al abastecimiento domiciliario, excluyendo el industrial. Se atribuye legitimación activa al Estado para impugnar los actos y acuerdos locales en esta materia cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Por último, se pretende redimensionar el sector público local. En este sentido la nueva redacción del art. 7.4 de la LRBRL tiene como consecuencia que las

sociedades mercantiles que gestionen competencias impropias de los Ayuntamientos o realicen actividades económicas deberán ser disueltas y entrar en fase de liquidación si no se cumplen dos requisitos: no pongan en riesgo financiero la realización de competencias propias y se garantice la sostenibilidad financiera de las nuevas actividades económicas o competencias.

Por su parte la D.A. novena la Ley 27/2013, disposición esencial para la materialización efectiva del mencionado redimensionamiento, persigue un triple objetivo:

1. Evitar que las entidades locales que tengan en marcha un plan de ajuste o de saneamiento puedan constituir o crear cualquier tipo de entidades instrumentales, ni realizar aportaciones ni suscribir ampliaciones de capital a favor de entidades publicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Se establece la excepción a este ultimo supuesto en los casos en que el ejercicio presupuestario inmediato anterior se hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda publica, y el periodo de pago medio a proveedores no supere en mas de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

2. Reestructurar todas aquellas entidades instrumentales que realicen actividades económicas, procediendo a su saneamiento o, en su caso, a su disolución. Si se encuentran en situación de desequilibrio financiero disponen de un plazo de dos meses para aprobar, previo informe del interventor, un plan de corrección del mismo. Si no se corrigiera la situación de déficit a fecha 31 de diciembre de 2014 deberá disolverse en el plazo de seis meses a contar desde la aprobación de las cuentas o de la liquidación del presupuesto. Si no lo hace así, quedará automáticamente disuelta el 1 de diciembre de 2015. Se prevé, no obstante, una ampliación de los mencionados plazos hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades afectadas presten alguno de los servicios esenciales de abastecimiento domiciliario y depuración de agua; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros.

3. Prohibir la constitución o participación en entidades instrumentales de segundo nivel, que son aquellas controladas por otras entidades instrumentales dependientes de entidades locales, evitando con ello la existencia de holdings empresariales locales. Respecto de las ya existentes, si no se encuentran en situación de superávit o equilibrio, deberán vincularse directamente a las entidades locales o disolverse en el plazo de tres meses, y de no hacerlo así quedarán automáticamente disuelta en el plazo de seis. En el supuesto de las empresas de economía mixta, en las que el control no se ejerce con carácter exclusivo por ente dependiente de la entidad local, se deberá proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses.

Por otra parte, la **Ley 1/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores** establece una modificación de los arts. 96 y 102.5 del TRLCSP, de forma que las garantías en los contratos de gestión de servicios públicos podrá constituirse, si así se establece en los pliegos de condiciones, mediante retención en el precio cuando las tarifas las abone la Administración contratante.

En el ámbito de la CA de Aragón, se ha procedido a la aprobación de la **Ley 2/2003, de 4 de abril, de modificación de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre de medidas tributarias y administrativas**, mediante la que se declara como servicio público de titularidad autonómica, la eliminación de escombros que no procedan de obras menores de construcción y reparación domiciliaria, suprimiendo con ello la declaración de servicio público de la valorización de dichos residuos. Asimismo declara servicio público la eliminación de residuos no peligrosos y no susceptibles de valorización de origen agrario, siempre y cuando no sean residuos vegetales no destinados al consumo humano. Finalmente aclara que dichos servicios públicos se encuentran reservados al sector público autonómico, pudiendo ser gestionados tanto por los medios de gestión directa e indirecta legalmente establecidos.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

Sin perjuicio del detallado comentario que realiza Colás Tenas en su informe sobre contratación local sobre la incidencia que la **Ley 14/2013, de 17 de septiembre, de apoyo a emprendedores** y la **Ley 25/2013, de impulso a la factura electrónica y creación de registro contable**, tienen sobre la legislación de contratos del sector público, daremos una breve noticia de las modificaciones específicamente referidas a los contratos de servicios que han introducido dichas novedades legislativas.

La **Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores**, eleva los umbrales para la exigencia de clasificación de contratistas regulada en el art. 65.1 del TRLCSP que en los contratos de servicios se establece en 200.000 euros. Dicha exigencia de clasificación entrará en vigor según lo establezcan las normas reglamentarias de desarrollo que definan los grupos y categorías en que se clasificarán dichos contratos.

Asimismo, mediante la modificación de los arts. 146.4 y 5 TRLCSP, se establece que en los contratos de servicios de valor inferior a 90.000 euros la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para contratar sea sustituida por una declaración responsable, de forma que solo el licitador a cuyo favor se produzca la propuesta de adjudicación deberá presentar la mencionada documentación.

Por su parte, la **Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público**, a

través de la Disposición Final tercera introduce modificaciones en materia de clasificación de los empresarios y de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica. Centramos nuestra atención en los específicamente referidos a los contratos de servicios. En primer lugar, mediante la modificación del art. 65.1 b) se suprime la exigencia de clasificación para los contratos de servicios, si bien se pospone la entrada en vigor de esta nueva disposición a lo que establezcan al respecto las normas reglamentarias de desarrollo de la ley continuando vigente hasta ese momento lo dispuesto en el art. 25.1 del TRLCSP, no siendo entre tanto exigible clasificación en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.

En segundo lugar, establece una nueva regulación de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera por los empresarios de forma que en los contratos de servicios se podrá acreditar indistintamente a través de la clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato, o mediante la acreditación del cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación al procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. En ausencia de éstos se efectuará con los requisitos y los medios que reglamentariamente se establezcan en función de la naturaleza, objeto y valor estimado del contrato. Las modificaciones introducidas por la Ley sobre la acreditación documental de la solvencia económica y financiera, la obligación de que el órgano de contratación concrete en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones los criterios de solvencia, y sobre la mayor objetivación de los criterios a utilizar por el órgano de contratación para la acreditación de la solvencia económica y financiera, en la medida que afectan con carácter general a todos los contratos incluidos en el ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP, nos remitimos al comentario que al respecto se efectúa en el informe sobre contratación local.

## II. JURISPRUDENCIA

### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

#### A. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

a) *STS de 29 de enero de 2013. Contrato de gestión de servicio público de radio-difusión sonora. Informe solicitados por la Mesa. Documentación a incluir en el sobre A*

Dictada con motivo de recurso de casación interpuesto contra Sentencia del TSJ de Aragón que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido contra el acuerdo de adjudicación de las concesiones de servicio público de radio-

difusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia en Aragón con destino a su gestión indirecta privada con carácter comercial.

La Sala aborda la solución de dos cuestiones:

a) La solicitud de informes por parte de la Mesa de Contratación en los que reitera que la petición de informes a terceros por la Mesa de Contratación a efectos de coadyuvar a la fundamentación de la posible propuesta de adjudicación es potestativa y que incluso sería válido el informe solicitado a cualquier perito que no tuviera relación alguna con una empresa pública o la Administración.

b) El requisito de incluir en el sobre A la descripción del equipo técnico y las unidades técnicas del licitador, que a su entender no vulnera el secreto de las proposiciones y la igualdad entre los licitadores, ya que si bien es coincidente con la del sobre B, lo fue como consecuencia de un requerimiento de la Administración, al entender que la documentación debía constar en el sobre A, a fin de acreditar la solvencia técnica y profesional de los solicitantes, y al tratarse de una documentación de carácter general no supone el conocimiento de puntos sustanciales de la oferta

### III. DOCUMENTACIÓN

#### 1. SERVICIOS PÚBLICOS

##### A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) *Dictamen 38/2013. Resolución de contrato suscrito por la Comarca del Jiloca para la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en la Comarca y su transporte al vertedero de Teruel*

La comarca del Jiloca pretende la resolución del contrato de servicio de recogida de residuos sólidos urbanos por supuesto incumplimiento del contratista de la obligación de constituir la garantía definitiva legalmente determinada, al haberlo hecho únicamente de forma parcial, dado que el cálculo se hizo sobre la primera anualidad del contrato y no sobre el total de anualidades del mismo.

Con independencia de que el Consejo considera que el procedimiento para la resolución del contrato ha caducado por transcurso del plazo establecido para su resolución, decide entrar en el fondo del asunto. Por ello considera que, si bien es cierto que la garantía definitiva constituida por el adjudicatario no alcanza el importe total establecido en la Ley, dado que no cubría el 4% del importe total de la adjudicación, no puede afirmarse que fuera debido a la voluntad del adjudicatario de incumplir con dicha obligación legal. Al contrario de la documen-

tación obrante se deduce que si ello ha sido así, lo ha sido como consecuencia de un error.

El Consejo considera que o bien el error es imputable a la Administración o bien partió del adjudicatario siendo aceptado por aquella, dado que el PCAP establecía un precio de licitación de carácter anual, no global, referido al cómputo temporal total del contrato y que la garantía se constituyó con antelación a la formalización del mismo, constando en éste que el adjudicatario había constituido la garantía definitiva por importe equivalente al 4% del precio de adjudicación, sin que en ningún momento se haya requerido para que subsanase la cuestión.

Estas circunstancias junto con el criterio del TS que exige que para que proceda la resolución del contrato por incumplimiento del contratista es necesario que exista una voluntad clara de no querer cumplir con sus obligaciones, y que esta causa de resolución no opera de forma automática, motivan que el Consejo concluya que no concurre causa legitimadora para acordar la resolución del contrato.

**b) *Dictamen 52/2013. Modificación de contrato de gestión del servicio público de eliminación y valorización de neumáticos fuera de uso suscrito por el Gobierno de Aragón***

Las cuestiones que se plantean son por un lado, la interpretación del contrato al objeto de delimitar su objeto y determinar las operaciones que comprende y las que puedan requerir autorización adicional y, en su caso una modificación del contrato, y por otro lado atender a la petición de restablecimiento del equilibrio contractual si bien ésta puede considerarse atendida mediante la mencionada modificación, que al parecer es lo que realmente pretende el contratista adjudicatario.

Respecto del pretendido restablecimiento del equilibrio económico del contrato el Consejo, tras una larga disertación sobre el encaje del principio de «equilibrio económico del contrato» con el principio de «riesgo y ventura del contratista» en nuestro derecho contractual, y sobre la finalidad y los límites de aquel, y de afirmar que nuestro ordenamiento se limita a introducir una tensión entre la libertad contractual y la justicia contractual que no puede ser resuelta de manera uniforme e igual para todos los casos, considera que ni la crisis económica ni el incremento del precio de la energía, aducidas por el contratista, son factores que pueden afectar de manera individualizada a la concesionaria. En cualquier caso, una petición de reequilibrio no puede fundarse en la prédica de un menor volumen de actividad, unos menores ingresos, unos mayores costes o un decrecimiento del rendimiento económico de la concesión, ya que debe de-



mostrarse la imposibilidad de prestar el servicio en las condiciones existentes. A la vista del expediente administrativo no cabe inferir de lo alegado la acreditación de dicha circunstancia.

No obstante lo que realmente se pretende por el concesionario es, a juicio del Consejo, una modificación contractual de modo que una mayor actividad de la desarrollada por el concesionario posibilite mayores ingresos y sanear la deficiente economía de la concesión.

Por ello una primera cuestión a abordar es la interpretación del objeto del contrato, gestión del servicio público de «valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso en la CA». En concreto si la denominada «preparación para la reutilización» tiene cabida en el mismo, considerando el Consejo que, tras las modificaciones normativas habidas en los últimos años en relación con los residuos y suelos contaminados, dichas operaciones tienen encaje dentro del concepto legal de valorización, pudiendo en consecuencia procederse en principio a una modificación contractual que autorice al concesionario la realización de dichas actividades, por razones de interés público y de cumplimiento de lo preceptuado en el RD Ley 17/2012, de 28 de julio. Las restantes actividades pretendidas, tales como aprovechamiento de residuos textiles o residuos con pérdida de caucho entre otros, no deben ser autorizadas por no concurrir razones de interés público, máxime dada las fuertes limitaciones introducidas, tanto por la jurisprudencia comunitaria, como por las Directivas europeas y por las recientes modificaciones legislativas habidas en nuestro país, sobre las modificaciones insuficientemente justificadas.

Por último el Consejo aborda la cuestión, planteada por la concesionaria, de la posible incidencia de la STS de 30 de octubre de 2012 en la declaración de servicio público de valorización y eliminación de los neumáticos fuera de uso realizada por el art. 36.1 c) de la Ley 26/2003. Aquella entre otros pronunciamientos anula el art. 12 del Decreto 236/2005, que aprueba el Reglamento de la producción, posesión y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio de eliminación de residuos peligrosos, en la medida que procedía a reservar en favor de la CA la gestión de un servicio público sin que contara para ello cobertura legal expresa. El Consejo entiende que no es extrapolable dado que en el Decreto de Aragón 40/2006, que aprueba el Reglamento de producción, posesión y gestión de neumáticos fuera de uso y del régimen jurídico del servicio de valorización y eliminación de éstos, no hay indicio alguno de reserva al prever asimismo la figura de los gestores autorizadas, junto con los posibles concesionarios del servicio público, no establecer un solo Centro de Gestión integral y no determinar un régimen de prohibición de traslado de residuos equivalente al establecido en el Decreto 236/2005.

## B. Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Dada la intensa actividad desplegada por el Tribunal y el alto número de resoluciones dictadas por el mismo se opta por dar noticia de aquellas resoluciones relativas a contratos de gestión de servicios públicos que se considera puedan tener un mayor interés o relevancia para los lectores del informe.

a) *Acuerdo 6/2013, de 30 de enero, por el que se resuelve recurso especial interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, frente a su exclusión en el procedimiento «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte autorizado a lugar de valorización»*

La Mesa de contratación identificó como anormal o desproporcionada la propuesta de FCC SA y tras requerir a ésta la pertinente justificación documental, la mercantil contestó que no había incurrido en tal baja dado que como consecuencia de que el PTT se refería al presupuesto de licitación en términos anuales, la oferta presentada hace referencia al precio anual por lo que de una simple operación aritmética, multiplicando por diez la cifra anual, se obtenía el precio global para los diez años de vigencia del contrato.

Tras el pertinente informe del Sr. Secretario de la comarca, que proponía excluir la oferta de FCC por comportar un error manifiesto en el importe de la licitación, circunstancia ésta reconocida como tal por FCC a juicio del informante, el Consejo comarcal adjudicó el contrato a la empresa URBASER SA.

La primera cuestión que se plantea ante el Tribunal es la calificación del recurso interpuesto. Tras recordar que los contratos de gestión de servicios públicos son susceptibles de recurso de especial cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de ejecución superior a 5 años, el Tribunal reitera los criterios que respecto a la determinación de los gastos de primer establecimiento estableció en el acuerdo 44/2012, que fue objeto de comentario en la anterior edición del Anuario Aragonés de Gobierno Local. En consecuencia considera que no puede equipararse el concepto de presupuestos de gastos de primer establecimiento con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior, actualmente derogada, por los motivos en el acuerdo mencionado, y reitera su criterio de que dicho concepto se puede deducir de los arts. 274.2 y 280.3 del RBASO, de forma que a su entender estaría integrado por todos aquellos gastos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación, entre ellos gastos de inversión, gastos en instalaciones nuevas o de reposición de existentes. Añadiendo un nuevo criterio: que a efectos del recurso especial es indiferente que los gastos corran de cuenta del contra-

tista o hayan sido aportados por el órgano de contratación, mediante su puesta a disposición.

En consecuencia el recurso especial interpuesto es admitido a trámite por el Tribunal.

La segunda cuestión controvertida, de carácter sustantivo, radica en determinar si efectivamente FCC incurrió en error al formular su oferta, y si el mismo constituye un error manifiesto en el importe de la proposición, tal como dispone el art. 84 del RGLCAP. Nuevamente el Tribunal reitera la doctrina emanada al respecto en el acuerdo 49/2012, y concluye que no resulta razonable ni racionalmente fundado calificar como anormal o desproporcionada la proposición de FCC SA, dado que el presupuesto del órgano de contratación consignaba una cantidad para la prestación de la anualidad de 2012 y cuando en la cláusula 1.7 del PTT se indicaba expresamente que el presupuesto de licitación para el primer año ascendía a 705.144,24 euros, por lo que podría entenderse que la oferta económica estaba referida exclusivamente a la anualidad presupuestaria.

Asimismo recuerda que el art. 84 RGLCAP, establece que el mero cambio u omisión de palabras del modelo si no alteran su sentido no es causa suficiente para el rechazo de la proposición. Argumentando además que, en todo caso, debió solicitarse aclaraciones oportunas por la Mesa de contratación, máxime tomando en consideración la doctrina del TJUE dictada en Sentencia de 10 de diciembre de 2009 que considera que cuando la ambigüedad de la oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, la desestimación pura y simple de la oferta es contraria a las exigencias de la buena administración.

En consecuencia con ello, el Tribunal estima el recurso y procede a anular la adjudicación del contrato y ordenar la retroacción de las actuaciones.

*b) Acuerdo 9/2013, de 18 de febrero de 2013, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la cooperativa urbana de trabajadores contra el procedimiento de licitación «gestión del servicio público de transporte urbano de viajeros por autobús en la ciudad de Zaragoza mediante concesión»*

La primera cuestión controvertida radica en determinar si la cláusula del PCAP que establece la solvencia técnica exigida a los licitadores es ajustada a Derecho. Esta consistía en la acreditación de una experiencia en la prestación de servicios de transporte público de viajeros que hubiere dado servicio a 40 millones de pasajeros o que se hubieren realizado 8 millones vehículo-kilómetro al año como mínimo, debiendo corresponder a un contrato en vigor o que haya expirado con una antelación máxima de tres años. Opcionalmente se exigía que dicha experiencia lo fuera de manera acumulada en contratos que dieran servicio a 80 millones de pasajeros o realicen 16 millones vehículo/km, mediante un máximo de

cuatro contratos que deberán estar en vigor o tener una antigüedad máxima de tres años. Para ello el Tribunal recuerda que la finalidad de los criterios de solvencia no es otra que el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración.

De la lectura de la Directiva 2004/18 se desprende que los criterios deben ser proporcionales al objeto del contrato y figurar en el pliego o exigirse una forma jurídica determinada. Por su parte el art. 62 TRLCSP exige que los empresarios deberán estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica, profesional o técnica que se determinarán por el órgano de contratación y se indicarán en el anuncio de licitación y especificarán en el pliego del contrato, previendo los arts. 75 a 79 del TRLCSP los medios posibles para su acreditación, pudiendo exigirse uno, diversos o todos ellos.

Tras recordar la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012 que afirma la libertad de elección con que cuenta al respecto el órgano de contratación, que no obstante no es ilimitada, sino condicionada a estar vinculada y ser proporcional con el objeto del contrato, el Tribunal considera que el criterio de tres años de experiencia en explotación de contratos de gestión de servicios públicos expuesto con anterioridad resulta razonable y justificado, al igual que el criterio de solvencia financiera exigida, pues el riesgo inherente a su explotación aconseja exigencias prudentes como la prevista en el PCAP.

En segundo, lugar el Tribunal rechaza que el hecho de haber sido empleado de una empresa adjudicataria de un contrato de idéntica naturaleza sea suficiente para acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica, puesto que esta hace referencia a la planificación y dirección estratégica del contrato, dado los riesgos de explotación que asume el concesionario, que exige una especial solvencia y experiencia previa en la gestión integral de este tipo de actividad.

Por último, la tercera cuestión gira sobre la exigencia de que el adjudicatario constituya una sociedad anónima, en el plazo máximo de 20 días naturales, cuyo domicilio social deberá radicar en la ciudad de Zaragoza, y su capital social, que deberá ser íntegramente suscrito y desembolsado, en el momento de la constitución no sea inferior al 10% de la inversión total, que los recurrentes consideran contrario al principio de libertad de empresa contenido en el art. 38 CE. El Tribunal rechaza la argumentación expuesta por considerar que confunde la posibilidad que el TRLCSP ofrece de conformar una forma jurídica ad hoc independiente tras la adjudicación, y la opción de integración de solvencia con medios externos, con la obligación de que se cumplan en estas fórmulas organizativas las reglas de capacidad y solvencia, pues solo así se garantiza la idoneidad del eventual adjudicatario del contrato. No existiendo por lo tanto impedimento alguno para que los recurrentes presenten su proposición, siendo la exigencia de

forma jurídica tras la adjudicación un instrumento para preservar el correcto cumplimiento del mismo.

En consecuencia el recurso se desestima.

**c) Acuerdo 21/2013, de 30 de abril, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a la adjudicación del contrato denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado a lugar de valorización» promovido por la Comarca de Cinco Villas**

Si bien el recurso se fundamenta en diversos motivos de diferente tenor centraremos nuestra atención en dos motivos concretos: contravención de la teoría de los actos propios e infracción del principio de la *reformatio in peius*.

En relación con el primer motivo, admisión inicial de la oferta presentada por una de las mercantiles licitadoras y posterior exclusión por exceder la oferta de los precios unitarios establecidos en la licitación, el Tribunal recuerda que el PCAP incluía en la oferta económica un conjunto de precios unitarios de diferentes servicios. Por ello considera que la inicial admisión de la oferta económica que incumplía los precios unitarios fijados en el PCAP es irregular y no puede ser objeto de protección jurídica, puesto que el principio *non venire contra factum proprium* solo opera en base a una apariencia seria de legalidad que no concurre en el supuesto enjuiciado.

En relación con el segundo de los motivos enumerados, el Tribunal destaca que el procedimiento de contratación se articula mediante diferentes periodos, surgiendo en cada uno de ellos derechos y obligaciones nuevas que no conllevan una automática vinculación insuperable mientras no se alcance el fin propuesto. La propuesta de adjudicación es un mero acto de trámite que no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto, por lo que no es posible aducir la infracción del principio de la *reformatio in peius*.

En modo alguno puede entenderse que se haya producido un cambio de criterio de la Mesa de contratación no justificado, nos encontramos por el contrario ante una subsanación de un error producido en un acto de trámite.

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

**a) Informe 8/2013, de 10 de abril. Posibilidad de resolución por mutuo acuerdo de contratos de gestión de servicios públicos por causa del desequilibrio económico producido por la crisis económica y otros elementos adicionales**

La solicitud de informe realizada por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón plantea en ese esencia las siguientes cuestiones:

Si la crisis económica que afecta al equilibrio económico de unos contratos de gestión de servicios públicos, en este caso de prestación de diversas operaciones de gestión de residuos, es causa que ampara una resolución de los mismos cuando no es posible una modificación, evitando una resolución por incumplimiento de obligaciones contractuales.

Determinar las consecuencias jurídicas que tendría dicha resolución a efectos indemnizatorios del concesionario, respecto de las inversiones realizadas por éste en infraestructuras necesarias para la prestación del servicio, si la Administración renuncia a la reversión de las infraestructuras y a su incorporación al dominio público.

Al encontrarnos ante contratos de gestión de servicios públicos, adjudicados por el GA como consecuencia de la declaración por el art. 36 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, como servicio público de titularidad autonómica aragonesa de la prestación de diversas operaciones de gestión de residuos, la Junta recuerda los principios que inspiran a dichos contratos. En este sentido destaca que el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión se configura como una excepción al principio de riesgo y ventura del concesionario, y por ello las causas que permiten al concesionario su solicitud se encuentran tasadas legalmente.

En este sentido recuerda sus pronunciamientos anteriores en los que concluía que la crisis económica no podía ser considerada como causa de fuerza mayor, si bien podría ser causa que legitimara al concesionario la solicitud del mencionado equilibrio económico siempre que fuera un supuesto encuadrable en el riesgo imprevisible.

En el supuesto informado se observa que el desequilibrio económico es consecuencia de una sustancial caída de la demanda del servicio respecto de la estimada inicialmente, tanto consecuencia de la crisis económica sobre el sector industrial y de la construcción como de los nuevos principios que inspiran la nueva legislación sobre residuos. Respecto de las modificaciones legislativas, que minimizan la demanda del servicio e incrementan determinadas obligaciones onerosas para los concesionarios, se cuestiona si es aplicable el art. 282.4 TRLCSP que recoge al denominado *factum principis* como un supuesto de reequilibrio económico de la concesión. En este sentido, tras recordar que dicha doctrina se ha vinculado a la actuación de la administración y no a actos legislativos, entiende que las consecuencias de su aplicación, la aprobación de un Plan Integral de Residuos de Aragón, sería una actuación administrativa, por lo que a su juicio pudiera proceder a reconocer un derecho al reequilibrio económico pretendido. No obstante, un análisis detenido de las prescripciones del PCAP muestra que dichos cambios legislativos se encontraban previstos en ellos, lo que conlleva una renuncia expresa a la obligación de reequilibrio. Si bien la libertad de pactos al no ser absoluta conlleva la imposibilidad de renunciar a dicho derecho/obligación.

La Junta, tras esta argumentación, concluye que tanto la crisis económica como la modificación habida en el marco normativo han producido un fuerte desequilibrio económico al concesionario que han provocado una fuerte reducción de la demanda del servicio. Pero la aceptación del mismo conllevaría una serie de obligaciones inasumibles para la Administración por las consecuencias que tendría en el coste del servicio.

Otro supuesto de derecho al reequilibrio económico de la concesión lo constituye las modificaciones que la Administración introduzca por razones de interés general. Como consecuencia de la nueva configuración legal la Administración se plantea una reestructuración de la gestión del servicio adecuada a las nuevas circunstancias económicas y normativas. Para ello prevé la aprobación de un nuevo Plan de Gestión Integral de Residuos que conlleva la disminución de contratos concesionales, la reducción del número de infraestructuras a construir y explotar, la disminución del gasto corriente de explotación mediante reducción del horario de atención al público entre otras medidas. La envergadura de la reorganización lleva a la Junta a afirmar que no es posible la adaptación de los contratos vigentes por conllevar evidentes modificaciones de las condiciones esenciales de los mismos.

Como consecuencia de ello, se aborda el análisis de un nuevo planteamiento consistente en la resolución de los contratos concesionales vigentes y proceder a la nueva convocatoria una vez redimensionados a las nuevas circunstancias económicas y normativas. Para proceder a la resolución contractual primero se aborda la posibilidad de aplicación del art. 286 del TRLCSP, en particular su apdo. d), que prevé la resolución por causa de imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, y la Junta llega a la conclusión de que dado que el Plan GIRA no ha sido aprobado no es subsumible en el supuesto de encontrarse ante un «acuerdo adoptado», por lo que rechaza dicha posibilidad de resolución.

Por ello, acude a las causas generales de resolución aplicable a cualesquiera contratos administrativos previstas en el art. 111 TRLCSP, entre las que figura la resolución por mutuo acuerdo. Su aplicación se encuentra condicionada a la no concurrencia de otra causa de resolución imputable al contratista y la existencia de interés público que haga inconveniente la permanencia del contrato. En el supuesto analizado no concurre el primer requisito pero si lo hace el segundo, dado que subsiste la necesidad del servicio, si bien con una configuración diferente a la actual. La Junta entiende que la inconveniencia de la permanencia del contrato se refiere a éste en concreto y no al servicio en cuestión. En consecuencia entiende que cabe una resolución de los contratos existentes por mutuo acuerdo al concurrir inconveniencia en su permanencia en su configuración actual por razones de interés público.

Por último se aborda las consecuencias jurídicas de la resolución de los contratos por mutuo acuerdo, en aplicación de lo establecido en el art. 225.1 TRLCSP que dispone que los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas, y en el art. 228 TRLCSP que prevé que en la resolución de los contratos de gestión de servicios públicos la Administración abonará el precio de las obras ejecutadas por éste que hayan de revertir a aquella, teniendo en cuenta el estado y tiempo que restare para ello. En el supuesto informado debe destacarse que, al no estar prevista la reversión al final de la concesión, las consecuencias económicas de la resolución serán las fijadas libremente por las partes.

## 2. CONTRATOS DE SERVICIOS

### A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) *Dictamen 96/2013. Resolución del contrato de servicios de «Desarrollo e implantación del módulo Mi Solicit@ de la Plataforma de Administración Electrónica de la Diputación Provincial de Teruel»*

La Diputación Provincial de Teruel adjudicó el contrato de servicios para el desarrollo e implantación del módulo Mi Solicit@ de la Plataforma Electrónica con fecha 21 de enero de 2011 previéndose en el mismo un plazo de ejecución de seis meses. Como quiera que habiendo transcurrido más de un año desde que finalizó dicho plazo el servicio no solo no se había realizado sino que una parte del mismo había sido considerado como no conforme por los servicios informáticos de la Diputación, se decide incoar un expediente de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El Consejo considera que a la vista de la documentación obrante en el expediente es evidente que se ha producido tal incumplimiento por la empresa contratista. Resulta indubitable el retraso en la entrega de una parte de las obligaciones contractuales comprometidas, sin que sirva de excusa las razones aducidas por la contratista sobre la falta de disponibilidad de determinadas informaciones que debía proporcionar la DPT, dado que ello no figuraba en los pliegos de condiciones.

Por ello, a su juicio concurre causa de resolución por demora en los plazos, ex art. 206 e) TRLCSP, y causa de resolución por incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, ex art. 206 g) TRLCSP. En este sentido considera que debe considerarse como requisito esencial que alguno de los productos que debían ser entregados por el contratista repetidamente habían sido rechazados como no conformes por los técnicos de la DPT, y el contratista se había negado a la subsanación en el sentido en que éstos le indicaban.



b) *Dictamen 101/2013. Resolución de contrato suscrito por la Diputación Provincial de Teruel para la homogeneización y simplificación administrativa e implantación de procedimientos en las áreas de Contratación y Patrimonio e Intervención de la Diputación*

La Diputación Provincial de Teruel adjudicó el contrato de servicios de homogeneización y simplificación administrativa e implantación de procedimientos en las áreas reseñadas con fecha 30 de octubre de 2009. El plazo de ejecución del mismo se establecía en siete meses, debiendo finalizar en julio de 2010. Con fecha 9 de enero de 2013, el Jefe de servicio competente informa que se ha intentado hacer la recepción del proyecto pero a dicha fecha no había sido posible realizarla ya que o bien se han detectado problemas en la resolución o no se ha producido satisfactoriamente o se ha dilatado en el tiempo. Como consecuencia de ello se incoa expediente de resolución contractual ante la constatación de un estado de bloqueo que origina una restricción, parcial o total, temporal o permanente para el desarrollo de las oportunas aplicaciones informáticas.

Si bien la Administración proponente no realiza una exacta enumeración de las causas que podrían determinar la resolución pretendida, el Consejo considera que se está aludiendo al menos a dos causas del art. 206 TRLCSP: demora en el cumplimiento de los plazos e incumplimiento de las restantes condiciones esenciales, calificadas como tales en el pliego o en el contrato.

El incumplimiento debe ser trascendente en orden a la ejecución contractual, y así resulta serlo en el supuesto informado puesto que prácticamente tres años después de la fecha en que debiera haber finalizado no existe recepción del contrato ni conformidad con las prestaciones realizadas, impidiéndose la consecución el interés público que se perseguía.

En relación con el incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, el incumplimiento del contrato se produce dado que los trabajos efectuados por la contratista no han podido ser integrados adecuadamente en las aplicaciones informáticas existentes en la DPT, al no proveer de los mecanismos necesarios para que los ciudadanos y entidades locales puedan tramitar electrónicamente los procedimientos, y no habiendo resuelto debidamente las «no conformidades», bloqueando la tarea de validación y la aceptación del proyecto y la recepción de la prestación convenida. Con ello queda impedida la ejecución contractual, constituyendo una causa de resolución.

El incumplimiento del contrato con intervención de culpa o negligencia conlleva la causación de daños y perjuicios a la DPT. En este sentido el art. 208.3 y 4 TRLCSP establece que si la resolución se produce por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y

perjuicios ocasionados. La indemnización podrá hacerse efectiva sobre la garantía que en su día fue constituida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. En todo caso, a juicio del Consejo, el acuerdo de resolución debe contener pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

c) *Dictamen 213/2013. Resolución del contrato de servicio de limpieza de la Sección del Instituto Itaca suscrito por el Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén*

El Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén adjudicó el servicio de limpieza para la Sección de Secundaria del Instituto Itaca, como consecuencia del compromiso adquirido en orden a la asunción de la prestación de dichas labores de limpieza con carácter provisional, hasta que la Administración autonómica construyese el instituto de secundaria en dicho término municipal.

Como quiera que mediante Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública se crea una plaza de personal especializado de servicios domésticos integrada en la estructura administrativa autonómica, y adscrita a la Sección del IES Itaca de La Puebla de Alfindén, se releva al Ayuntamiento de la obligación de la limpieza de las instalaciones y éste incoa procedimiento de resolución de contrato en virtud de la causa de resolución establecida en el art. 223 g) del TRLCSP, por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuar ejecutándose en esos términos, si no es posible proceder a la modificación del contrato.

El Consejo recuerda que dicha causa de resolución fue introducida por la Ley de Economía Sostenible para aquellos supuestos en que pretendiéndose una modificación contractual, ésta no es posible por no concurrir los requisitos legales para ello, y no siendo modificable el contrato existiese imposibilidad de ejecutar la prestación tal y como se pactó o de hacerlo existiese una posibilidad de grave lesión para el interés público. A juicio del Consejo esta causa de resolución no es aplicable el caso analizado puesto no existió nunca intención de modificar el contrato excediendo los límites legales establecidos y en consecuencia ello obligase al Ayuntamiento a poner fin al vínculo contractual. El Ayuntamiento pretende una resolución contractual simplemente por considerar innecesario su objeto ante la asunción del servicio de limpieza por la Administración autonómica. Además la prestación del servicio no resulta imposible, ya que no hay ningún obstáculo técnico o físico para su realización.

En consecuencia, el Consejo entiende que no concurren los requisitos establecidos en el art. 223 g) TRLCSP, pero dado que la CA releva al Ayuntamiento

de la obligación de la limpieza ello conlleva la innecesariedad del objeto del contrato por lo que procede la resolución por desistimiento unilateral de la Administración, en virtud del art. 308 b) TRLCSP.

## B. Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Dada la intensa actividad desplegada por el Tribunal y el alto número de resoluciones dictadas por el mismo se opta por dar noticia de aquellas resoluciones relativas a contratos de servicios que se considera puedan tener un mayor interés o relevancia para los lectores del informe. En particular son de destacar aquellos que hacen referencia a la calificación de determinados objetos contractuales dentro de esta categoría, en detrimento de su consideración como contrato de gestión de servicio público, con la evidente incidencia que ello respecto del conocimiento o no por el TACPA de los recursos interpuestos.

### *a) Acuerdo 14/2013, de 20 de marzo, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos contra la resolución en la que se adjudica el contrato denominado «Servicios de contratación de edificios y viviendas propiedad de la Diputación General de Aragón»*

Al margen de otras cuestiones planteadas, la cuestión de fondo esencial abordada en el Acuerdo consistía en determinar si aceptar la justificación aportada por la adjudicataria en relación con su oferta anormalmente baja vulnera la normativa de la contratación pública. El PCAP establecía los parámetros objetivos en función de los cuales se ha de apreciar si la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Las razones argüidas por los recurrentes que entendían que la justificación realizada por la adjudicataria era inadecuada, al usar una base de precios excesivamente amplia y la aplicación de un convenio colectivo que no resultaba de aplicación, son desestimadas por el Tribunal, en aplicación de reiterada doctrina emanada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En el caso enjuiciado se ha recabado el informe al licitador, se ha presentado en el plazo concedido la documentación solicitada y se ha emitido motivadamente el dictamen correspondiente sobre tal circunstancia. Junto a ello, y en relación con el convenio colectivo de aplicación, según doctrina del TACRC compartida por el Tribunal, se afirma que la administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, si los licitadores han tenido en cuenta los efectos de un determinado convenio colectivo, puesto que ello desvirtuaría el

sistema de contratación administrativa obligando a la administración a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos.

En consecuencia, el Tribunal desestima los recursos especiales interpuestos.

*b) Acuerdo 15/2013, de 25 marzo, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto contra la resolución por la que se adjudica el contrato de servicios para la «realización de actividades organizadas por el Área de Cultura en el Teatro Municipal Miguel Fleita y otros lugares del municipio» promovido por el Ayuntamiento de Utebo*

Son las cuestiones de fondo planteadas, el objeto social de la empresa adjudicataria del contrato, en relación con la acreditación de la solvencia técnica necesaria y con el carácter desproporcionado o irreal de la oferta económica.

En relación con la primera, el art. 57 del TRLCSP establece que «las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales le sean propias». El Tribunal, de conformidad con la doctrina emanada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sostiene que cabe interpretar el art. 46.1 en sentido amplio, de forma que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, siendo suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones del contrato encajan dentro del objeto, fines o ámbito de actividad. En consecuencia, una vez analizado el objeto social de la mercantil, entiende que queda incluida dentro del objeto del presente contrato de servicios, sin que quepa exigirse ni la coincidencia literal ni la enumeración exhaustiva de todas las actividades.

Asimismo entiende que la situación de alta de la adjudicataria en un determinado epígrafe del IAE de Zaragoza, correspondiente a servicios técnicos, no tiene incidencia alguna en la cuestión planteada dado que es diferente el ámbito en el que nos movemos en caso el caso de los estatutos de una empresa que delimitan su objeto social, y por lo tanto su capacidad de obrar, y los certificados de alta y estar al corriente del IAE, que acreditan el cumplimiento por las empresas de sus obligaciones tributarias.

En relación con la segunda cuestión, el pretendido carácter desproporcionado de la oferta, tras recordar que el art. 152 TRLCSP establece la posibilidad, que no la obligación, de rechazar una oferta cuando se considere que no puede ser cumplida por incurrir en valores anormales o desproporcionados y determina que los pliegos establezcan parámetros objetivos que sirvan para apreciar dicha circunstancia, el Tribunal rechaza el motivo de impugnación. En el su-

puesto enjuiciado el PCAP no introducía referencia alguna sobre criterios de valoración de las ofertas, por lo que solo se puede interpretar que la voluntad del órgano de contratación era no establecerlos, por lo que no es posible plantear ninguna cuestión acerca de la inclusión de valores anormales o desproporcionados en las ofertas presentadas.

c) *Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre de 2013, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por una mercantil frente a su exclusión en la licitación del contrato «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II, Zaragoza III» promovido por el SALUD*

La primera cuestión que se plantea es la relativa a la admisibilidad del recurso, dado que el SALUD considera que el acuerdo de exclusión era recurrible mediante recurso de alzada ante la Directora Gerente del organismo público, al calificar el contrato como de gestión de servicio público.

El Tribunal asume las tesis del recurrente y procede a la admisión del recurso especial al considerar que el contrato es claramente un contrato de servicios del art. 10 TRLCSP, incluido en la categoría 25 «Servicios Sociales y de Salud» del anexo II del TRLCSP. Y ello en base a considerar que, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE y a los criterios de la JCCA del Estado y de la Comunidad Autónoma de Aragón, para proceder a la calificación de un contrato como de gestión de servicio público se exige como condición indispensable la transferencia del riesgo de la explotación al contratista. Riesgo que ha de ser considerable, de forma que la parte contratante asuma la totalidad o al menos una parte significativa del mismo ( asunto Waser). Y recuerda la STJUE de 10 de marzo de 2011 ( asunto Privater) en la que se determina que el riesgo de la explotación debe entenderse como el riesgo de exposición a incertidumbres del mercado que puede traducirse en el enfrentamiento a la competencia, el desajuste entre oferta y demanda, la insolvencia de los deudores de los precios por servicios prestados, que los ingresos no cubran los gastos de explotación o incluso la responsabilidad por perjuicios causados a terceros.

En el contrato objeto de controversia para el Tribunal no existe transferencia del riesgo de la explotación al contratista ya que se define un número total de sesiones de diálisis y se establece su pago al precio ofertado por el licitador, y la Administración transfiere al adjudicatario un número total de pacientes, que no solo no queda indeterminado a la demanda del servicio sino que el informe de necesidad del órgano de contratación llega a cifrar en un máximo de 50 pacientes, que supondrían 25.040 sesiones.

En consecuencia califica el contrato como de servicios y admite el recurso especial interpuesto contra un acto de trámite que imposibilita continuar con el procedimiento como es la exclusión de un licitador.

La segunda cuestión planteada, que constituye el aspecto sustantivo del recurso, consiste en determinar la pertinencia de la autorización administrativa en los términos recogidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril para la oferta asistencial de nefrología y diálisis, así como su disposición con carácter previo al exigirse como requisito de solvencia técnica y las consecuencias de su no presentación en la fase de licitación.

El Tribunal considera que la disposición de la mencionada autorización administrativa no puede ser considerada como un criterio de solvencia técnica o profesional, dado que no figura entre la relación de medios de acreditación de la misma establecidos con carácter tasado en el art. 78 TRLCSP. Asimismo recuerda sus pronunciamientos sobre la importancia de la claridad de los pliegos de condiciones de forma que la oscuridad de las cláusulas no puede perjudicar a los posibles licitadores.

Por ello, no admite la exclusión del licitador por este motivo, y considera que el compromiso manifestado por el licitador de proceder a dar cumplimiento a las exigencias del Decreto 106/2004 es suficiente para valorar su proposición. Acuerda la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la exclusión del recurrente y que se efectúe la correspondiente valoración de su oferta.

*d) Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de Mayores Luis Aula de Zaragoza», promovido por el IASS*

La primera cuestión que se plantea versa sobre la competencia del Tribunal para conocer del recurso interpuesto y sobre la procedencia o no de su interposición. Para ello el Tribunal nuevamente procede a analizar la calificación del contrato. Frente al criterio de la Administración contratante que lo había calificado como de gestión de servicios públicos, considera que nos encontramos ante un contrato de servicios del art. 10 TRLCSP, incluido en la categoría 25 «Servicios Sociales y de Salud» del anexo II TRLCSP, CPV 85312100-0. Tras recordar jurisprudencia del TJUE, anteriormente expuesta, que exige como requisito esencial para calificar un contrato como de gestión de servicio público la transferencia del riesgo al contratista y analizar el PCAP, concluye que en el supuesto enjuiciado no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista sino pago de una cantidad de tipo mensual realizada por el IASS por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio IASS designa. En consecuencia considera procedente la interposición del recurso.

La cuestión principal planteada consiste en determinar la adecuación a Derecho del acto de la Mesa de contratación por la que tras la presentación por parte de una de las licitadoras de la justificación de su oferta considerada ini-

cialmente anormalmente baja y tras conocer de un informe técnico desfavorable, resuelve adjudicar a aquella sin motivación alguna. Para su resolución el Tribunal analiza la tramitación del procedimiento de verificación de una oferta que ha incurrido en presunción de anormalidad, destacando que tanto las alegaciones que deben presentarse como los informes técnicos que deben emitirse no tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que deberá decidir conforme a criterios de razonabilidad y racionalidad. En todo caso el asesoramiento técnico sobre la oferta y las alegaciones presentadas resulta imprescindible para la adecuada resolución sobre la viabilidad de la oferta presentada.

En el supuesto enjuiciado el informe técnico es claro al afirmar que no considera suficientemente acreditada la viabilidad de la oferta valorada como anormalmente baja, por lo que decisión de la Mesa de Contratación de aceptar como normal la proposición sin ningún tipo de argumentación técnica documentada no se ajusta a derecho y puede ser considerada como arbitraria. Por ello el Tribunal estima el motivo de recurso y confirma el carácter desproporcionado de la oferta analizada, recordando a su vez que la consideración como adecuada y suficiente de una oferta anormal no corresponde a la Mesa de Contratación sino al órgano de contratación.

Por último ante la circunstancia de que el contrato se perfeccionó sin respetar el plazo suspensivo previsto en el art. 45 TRLCSP, se plantea si nos encontramos de hecho ante una posible situación de nulidad del contrato, que pueda llegar a cuestionar la tramitación del recurso especial que nos ocupa. El Tribunal considera que si bien es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación, para garantizar el efecto útil del recurso, de acuerdo con los principios favor actionis y de economía procesal, procede acumular al recurso especial la acción de nulidad derivada de su resolución.

Por ello siendo ilegal la adjudicación el Tribunal declara igual y simultáneamente la nulidad del contrato de IASS con la mercantil adjudicataria por infracción del art. 62.1 e) de la Ley 30/1992, y de conformidad con la doctrina del TJUE por la que se considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. Por lo que el contrato perfeccionado debe entrar en fase de liquidación debiendo restituirse las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

### **C. Informes de la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**

a) *Recomendación 1/2013, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos*

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública solicita a la Junta Consultiva la emisión de una propuesta de instrucciones a dictar por los distintos Departamentos de la Administración autonómica para la correcta ejecución de los servicios externos a contratar por aquellos, en virtud de lo establecido en la D.A. primera del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

El objeto de la mencionada Disposición Adicional, como ya vimos en el anterior Anuario Aragonés de Gobierno Local, es evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas contratadas por la Administración se conviertan en personal laboral de la Administración contratante, en virtud de Sentencias judiciales.

Para lograr dicho objetivo la Junta propone, con carácter previo a la determinación del contenido de las Instrucciones, una serie de extremos:

- Debe quedar claro en el expediente de contratación que la empresa contratista no se limita a atender prestaciones propias del personal al servicio de la Administración.
- El contrato debe tener por objeto la prestación íntegra de un servicio y éste debe quedar descrito en el pliego de prescripciones técnicas con el debido detalle.
- Es necesario que la empresa contratista disponga de los medios personales y materiales, y de una organización suficiente, que la acredite como capacitada para realizar las prestaciones objeto del contrato.
- Un elemento esencial para la consecución del objetivo perseguido es la figura del responsable del contrato, prevista en el art. 52 TRLCSP, dado que gran parte de las situaciones que dan lugar a la cesión ilegal de trabajadores se produce durante la ejecución del contrato, circunstancias éstas no previsibles por tanto en los pliegos correspondientes.
- El personal de la administración debe abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que le corresponden a la empresa contratista. En consecuencia en los pliegos no deben figurar previsiones sobre condiciones de trabajo o sobre cuestiones relativas a remuneración, horario, jornada... del personal de la empresa contratista que va a participar en la ejecución del contrato. Junto a ello los pliegos deben prever la articulación de las relaciones entre entidad contratante y contratista de forma que el contratista ejerza la dirección y organización de la ejecución del contrato y el entre contratante la supervisión del contrato y el ejercicio de las prerrogativas de interpretación.



- En particular recomienda que la figura del responsable del contrato tenga carácter obligatorio en los contratos de servicios, canalizado a su través todas las comunicaciones e instrucciones entre la entidad contratante y la contratista.

Por todo ello, la Junta interpreta que existen dos planos en los que las instrucciones deben incidir, un plano normativo, en el que se precise el contenido de los pliegos que han de regir los contratos de servicios y otro plano, más práctico, en el que se establezcan pautas para la actuación del personal de la misma que tiene responsabilidad sobre la ejecución del contrato.

Respecto del ámbito de aplicación de las instrucciones, la Junta considera que si bien con carácter general el Real Decreto Ley 20/2012 se dirige a todos los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, será a las entidades consideradas Administraciones Públicas a efectos del EBEP, a las que habrá que exigir un mayor rigor en su aplicación.

La Junta aborda asimismo la determinación de lo que debe entenderse como «servicios externos contratados», considerando que pueden ser consecuencia tanto de un contrato de servicios como en los supuestos de su realización por una entidad que tenga la consideración de medio propio, mediante la técnica del encargo. Identica consideración mantiene respecto de los servicios que se prevean en los denominados contratos administrativos especiales.

Por último la Junta recomienda que la aprobación de las instrucciones vaya acompañada de una serie de medidas complementarias tales como la evaluación general de la situación de los contratos en ejecución que supongan la prestación de servicios externos en dependencias de la entidad contratante, así como la creación de una comisión de seguimiento y vigilancia sobre la aplicación de la instrucción.

**b) Informe 17/2013, de 26 de junio. Posibilidad de modular el alcance de la expresión «en los últimos tres años» contenida en el art. 78 a) TRLCSP para la exigencia y acreditación de la solvencia técnica en los contratos de servicios**

Ante la consulta planteada por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón sobre la posibilidad de que en los contratos de servicios para la redacción de proyectos básicos y de ejecución para la construcción de centros educativos a efectos de valorar la solvencia profesional de los candidatos se pueda tomar en consideración los trabajos realizados por los licitadores en los últimos, pero en un plazo mayor a los tres años previstos, la Junta manifiesta el siguiente criterio.

El art. 62 TRLCSP establece las condiciones a las que deben sujetarse los medios y criterios acreditativos de la solvencia de las empresas: que figuren en

el pliego y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto e importe del contrato; que estén entre los establecidos por la Ley y que no puedan producir efectos discriminatorios.

El art. 74.1 TRLCSP establece que la solvencia económica y financiera, técnica y profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que determine el órgano de contratación, de entre los previstos en los arts. 75 a 79. Siendo por ellos los medios de acreditación tasados y no disponibles por los órganos de contratación.

El art. 78 a) TRLCSP establece entre los medios para la acreditación de la solvencia técnica en los contratos de servicios, una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario de los mismos. Si bien ni el TRLCSP ni las Directivas vigentes, establecen el carácter de este plazo. Máximo o mínimo, obligatorio o potestativo.

La Junta se muestra favorable a la modulación de dicho plazo dado que, por un lado, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a contratación pública se limita a referirse a referencias de contratos ejecutados en el pasado, lo que introduce la posibilidad de los poderes adjudicadores no se vean limitados por un plazo concreto y determinado, y por otro, una interpretación finalista o funcional permite alcanzar idéntica conclusión. Si el poder adjudicador tiene en la fijación de la solvencia en todas sus variantes una decisión discrecional, parece razonable no solo poder elegir de entre la totalidad de los medios legalmente previstos los que más se adapten al caso, sino también su intensidad.