



RE 031/2018

Acuerdo 60/2018, de 20 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don J.M.H.A, en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines, frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo de 20 de febrero de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Calatayud acordó aprobar el expediente de contratación relativo al procedimiento de adjudicación del contrato de «Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud. Se trata de un contrato de servicios, con el código CPV 77311000-3: "Servicios de mantenimiento de jardines y parques", licitado mediante tramitación urgente, por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 2.135.008,26 euros, IVA excluido.

Con fecha 22 de febrero de 2018, se insertó el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), así como en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) dicho anuncio fue publicado el día 24 de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

febrero de 2018, siendo la fecha límite para la presentación de ofertas el día 9 de abril de 2018.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de marzo de 2018, por parte de don J.M.H.A, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (en adelante, ASEJA), anunció al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), y sus Anexos, que han de regir el contrato de «Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud», de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

TERCERO.- Con fecha 16 de marzo de 2018 tuvo entrada, en el Registro General del Ayuntamiento de Calatayud, el recurso especial frente a los Pliegos del referido contrato, interpuesto por don J.M.H.A, en nombre y representación de ASEJA.

El escrito de recurso alega y enumera una relación de «*motivos de denuncia*» –hasta diecisiete en total– a modo de fundamentación de su oposición a los pliegos impugnados, junto con sus anexos, los cuales, a efectos del presente Acuerdo, pueden sintetizarse de la manera siguiente:

1.- A lo largo del recurso están presentes dos ideas principales como son la indefinición e indeterminación del objeto del contrato, unidas a la desinformación e inconcreción de elementos necesarios para



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

dimensionar el contrato, de una parte, y el enriquecimiento injusto en favor de la Administración, de otra; causas que extrae de una serie de aspectos contemplados en los pliegos y sus anexos, y a partir de los cuales considera que se está dispensando un trato de favor al contratista actual del servicio, de cara a la preparación y presentación de las ofertas.

2.– Adicionalmente, fuera de los motivos anteriores, se discuten aspectos concretos tanto del PCAP como del PPT y sus anexos; en especial, las «*Labores a realizar*» que se recogen en el Anexo IV a los pliegos.

Por cuanto aduce, interesa que se estime el recurso y se dicte resolución por la que se anulen los pliegos que rigen la contratación.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Calatayud remitió mediante correo electrónico con fecha 27 de marzo de 2018 el expediente administrativo junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, emitido por el Área de Medio Ambiente, y el día 5 de abril de 2018, se recibió la mencionada documentación en soporte papel, en el registro general del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

QUINTO.- Por Resolución 16/2018, de fecha 1 de junio de 2018, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente en el recurso especial interpuesto, acordando la misma tras valoración de las circunstancias concurrentes en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.4 del TRLCSP que establece: «*La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectara, en ningún caso, al plazo*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados».

SEXTO.- Dado que al procedimiento de licitación han concurrido cinco licitadores, este Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó en fecha 9 de mayo de 2018 la interposición del recurso a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones, sin que hayan sido presentadas por ninguno de aquéllos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar, dado que con fecha 9 de marzo de 2018 entró en vigor la nueva ley básica en la materia de contratación, esto es, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la presente licitación, así como al presente recurso especial.

Respecto a la licitación, y dado que se trata de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP (la convocatoria del procedimiento de adjudicación tuvo lugar el día 22 de febrero de 2018 en el DOUE), al amparo del apartado primero de la Disposición Transitoria 1ª de la citada LCSP, se regirá por la normativa anterior y, por tanto, le resulta de aplicación el TRLCSP, así como la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), la Directiva 2014/24/UE y restantes disposiciones de desarrollo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En cuanto al presente recurso especial, se regirá por el TRLCSP hasta su resolución dado que se inició al amparo del artículo 40 del citado texto legal, tal y como establece el apartado cuarto de la Disposición Transitoria 1ª de la LCSP.

SEGUNDO.- Se acredita asimismo en el recurso la legitimación de ASEJA, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. Y ésta es la doctrina general de este Tribunal administrativo, sentada por todos en el Acuerdo 62/2017, de 11 de mayo, que señala que *«el interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de las recurrentes, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con sus Estatutos»*.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios, estando sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con los artículos 40.2.a) del TRLCSP y 17.2.a) de la LMMCSPA, y el recurso se plantea en tiempo y forma, presentando la recurrente con carácter previo a la interposición del recurso el anuncio previo a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP.

TERCERO.- El primer motivo sobre el fondo del recurso se refiere a la procedencia de la revisión de precios del contrato por los costes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

salariales derivados de su ejecución, y que la cláusula 7ª del PCAP no contempla; en refuerzo de su tesis, aduce la incoherencia se produce entre la citada cláusula y la 21 del PCAP, que recoge la obligación de subrogar el personal de la anterior contratista y se remite al Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2020 (reproducido en el Anexo VI a los pliegos), que es de aplicación a los once trabajadores actuales, el cual contempla una subida salarial acumulada para los años 2018, 2019 y 2020 del 3%, 2% y 2%, respectivamente.

El órgano de contratación en su informe al recurso, por su parte, se ampara en el tenor del artículo 89 del TRLCSP, que preceptúa la improcedencia de la revisión de precios cuando se trata de trasladar los costes de mano de obra en contratos de servicios de duración inferior a cinco años, como en el presente caso. Asimismo, esgrime que el Convenio colectivo de aplicación al personal a subrogar es referido y reproducido a fin de que cada licitador pueda estimar sus costes adecuadamente.

La cuestión de la repercusión de los costes salariales al contrato vía revisión de precios del mismo viene siendo abordada, desde hace tiempo, por las diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa; particularmente, la del Estado, que ya con la normativa anterior a la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española (en adelante, LDEE), sentó el criterio contrario a establecer el coste de la mano de obra como factor de revisión; cabe así citar su Informe 25/06, de 20 de junio, junto con los que en el mismo se indican. Tal doctrina ha sido acogida por otras Juntas Consultivas en informes anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la LDEE; así el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Cataluña 2/2011, de 14 de abril, y el Informe 16/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Todos ellos –incluso los anteriores a la citada LDEE cuando la normativa sobre revisión de precios de los contratos era más permisiva– inciden en esa posición opuesta a repercutir los costes de mano de obra en el contrato por la vía de revisar sus precios. También el Tribunal de Cuentas –en su informe nº 1022, de 30 de enero de 2014, de fiscalización de las incidencias producidas durante el año 2012 en la ejecución de los contratos celebrados por las EELL de las CCAA sin órgano de control externo propio– se ha posicionado en contra.

De un lado, como apunta el órgano de contratación, el tenor literal del artículo 89.2 del TRLCSP –resultado precisamente de la reforma operada sobre el mismo por la LDEE– es claro y categórico; de otro, el precio del contrato ha de cumplir los parámetros establecidos en el artículo 87 del TRLCSP, y a tal efecto, cabe traer a colación la Resolución nº 754/2017 de 5 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se viene a señalar que: *«... corresponde al órgano de contratación cuidar de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe en el momento de fijar el presupuesto de licitación, de acuerdo con el artículo 87.1 TRLCSP. (...) Pero es sobre todo el licitador quien debe establecer un juicio sobre la viabilidad y retribución del contrato dado que ha de formular su oferta económica, en la que una variable determinante es precisamente la del precio. (...) En todo caso, la fijación del precio estimado del contrato tiene la consideración de criterio técnico, dotado de discrecionalidad, por lo que la adopción por este Tribunal de una decisión contraria al precio fijado por la*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Administración, fuera de los casos en que se aprecie arbitrariedad o falta de motivación y en contra de la discrecionalidad técnica de ésta, que no se aprecian, no sería conforme a los principios de eficacia en la gestión de los recursos públicos que recoge el artículo 1 del TRLCSP».

Así las cosas, este Tribunal concluye que entre las cláusulas 7ª y 21 del PCAP no existe la incoherencia que aduce la recurrente, siendo dichas cláusulas conformes a Derecho, por lo que, en consecuencia, procede rechazar este motivo del recurso.

CUARTO.- El siguiente motivo que la recurrente aduce, como fundamento del recurso, es la disconformidad a Derecho de la fórmula elegida en el PCAP para la ponderación del criterio precio (cláusula 13.A), en aras de la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, pues entra en contradicción con el umbral fijado en dicho pliego (cláusula 14), al objeto de determinar la anormalidad o desproporción de las ofertas. Incorpora una tabla, a modo de simulación, de la que –a su juicio– se extrae dicha contradicción.

El órgano de contratación, por su parte, muestra su oposición a este motivo del recurso esgrimiendo la corrección de la fórmula elegida y la coherencia entre las cláusulas 13.A y 14 del PCAP.

Como ya se mantuvo en el Acuerdo de este Tribunal 15/2018, de 27 de febrero, cuando se utiliza el criterio precio, la fórmula adecuada para la evaluación del mismo es aquella que atribuye una puntuación superior a la oferta económica inferior, tanto desde una perspectiva genérica de aplicación de los principios de buena administración, como en virtud



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de las exigencias derivadas de los principios que recoge el artículo 1º del TRLCSP; por otro lado, la aplicación de una fórmula de valoración que suponga o implique que la Administración no obtiene la oferta económicamente más ventajosa, constituye una vulneración directa de cuanto se regula en el artículo 87 del TRLCSP, que literalmente dispone: *«Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados»*; circunstancia que no concurre en el presente caso, como se expone a continuación.

La fórmula es el modo de expresar de manera simbólica la relación de cantidades que determinan los valores, en función de los cuales se desea comparar las diferentes ofertas que presentan los licitadores, de acuerdo con el criterio de adjudicación prefijado.

En el presente caso, la fórmula que se establece en el PCAP para la ponderación del criterio precio es la que sigue:

«La media de las bajas de las ofertas presentadas se considerará que obtendría la mitad de la puntuación, es decir, 30 puntos; así las ofertas se calcularán de acuerdo con la siguiente fórmula matemática, proporcional a dicha media:

$$X = (Tx/Tm) * 30$$

Siendo

X= Puntuación de la oferta que se valora

Tm = Baja media sobre el presupuesto de licitación (sin IVA)

Tx = Baja sobre el presupuesto de licitación de la oferta que se valora (sin IVA)

Las ofertas al tipo se puntuarán con 0 puntos y no computarán en la obtención del término Tm.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En caso de que como resultado de la aplicación de la fórmula, la mejor oferta rebase inicialmente la puntuación máxima de 60 puntos, se procederá a aplicar una regla de tres a todas las ofertas entre la puntuación inicial de la mejor oferta y 60 puntos, puntuación máxima a obtener».

Su aspecto más reseñable es la utilización de las magnitudes denominadas “Baja media sobre el presupuesto de licitación” –para el denominador– y “Baja sobre el presupuesto de licitación de la oferta que se valora” –para el numerador–. Además, se introduce un factor corrector para que la puntuación a otorgar no supere la fijada con carácter máximo en el pliego, 60 puntos.

Por otro lado, analizado el tenor de la cláusula 14 del PCAP, que aborda la anormalidad o desproporción de las ofertas y el modo de proceder, en su caso ante este supuesto, se trata de una reproducción literal del artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP).

Sentado lo anterior, no puede compartir al respecto este Tribunal la tesis de la recurrente, pues la fórmula matemática elegida por el PCAP muestra efectiva capacidad para discriminar las eventuales ofertas económicas y no entra en colisión con el umbral de desproporción fijado en dicho pliego, toda vez que, tal y como sostiene el órgano de contratación, se aviene a cuanto se señala en el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el cual incide en que «La finalidad de la fórmula es evitar una inadecuada ponderación del criterio precio que pueda contaminar los criterios técnicos, y alterar de hecho que la oferta adjudicataria sea la económicamente más ventajosa. (...) Nada altera este juicio, el hecho de que la fórmula prevista no reparta la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

totalidad de los puntos, en el supuesto de que no haya ninguna baja que supere el umbral que marca la baja significativa, en tanto figura claramente en los pliegos, y mantiene el carácter proporcional no desproporcionado, no distorsiona la competencia ni favorece a un concreto licitador; por lo que se cumplen las exigencias especificadas en la STJUE de 16 de septiembre de 2013».

En efecto, una comprobación práctica de la fórmula elegida conduce a rechazar los argumentos esgrimidos al respecto por la recurrente y a acoger los del órgano de contratación, pues resulta obvio que su utilización puede tenerse por válida para escoger la oferta económicamente más ventajosa, en tanto que posibilita la obtención de una puntuación superior a las ofertas que propongan un precio menor, y de una puntuación inferior a las ofertas que propongan un precio mayor; así, de conformidad con la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal de Cuentas, expuesta y sintetizada por el TACRC en sus Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, y 542/2015, de 12 de junio, dicha fórmula resulta admisible por los motivos siguientes:

- no atribuye la máxima puntuación a la media de las ofertas, sino que toma como referencia –multiplicando– la mitad de ésta (30 puntos) sobre la relación entre la baja media y la baja respectiva en la oferta para asignar la puntuación, e introduce un factor corrector para no rebasar aquélla;
- no otorga puntuación alguna a las bajas nulas, esto es, las que se queden en el tipo de licitación que obtendrán cero puntos, lo que redundará además en evitar que todo licitador consiga alguna puntuación por el mero hecho de presentar oferta;
- no establece umbrales de saciedad, más allá de los cuales los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

licitadores no obtienen una puntuación superior;

- no reduce significativamente los márgenes entre las ofertas más altas y las más bajas, ni magnifica diferencias económicas mínimas.

El aspecto más discutible en la fórmula es la consideración de la baja media, según el criterio manifestado en los Informes del Tribunal de Cuentas nºs 958, de fiscalización de la Universidad de Zaragoza (ejercicios 2008 y 2009), y 1011, de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las entidades estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas, pero tal objeción se salva atendiendo a que no se trata de la relación de la oferta con la baja media sino de la respectiva baja con ésta, de la cual resulta una mayor puntuación a las ofertas más económicas, y a la inversa, mediante el sistema proporcional descrito, que por su propia configuración hace difícil, mas no imposible, el otorgamiento de la máxima puntuación (60 sobre un total de 100).

A este respecto, cabe recordar lo que viene manteniendo el TACRC desde su citada Resolución 906/2014:

«(...) Lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias.

Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 –asunto C-448/01–), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos».

Por ello, resulta claro que la cláusula 13.A del PCAP, además de adecuarse a lo establecido en los artículos 1 y 150 del TRLCSP –en la interpretación dada por el TACRC–, no entra en colisión con la cláusula 14 del PCAP pues, como es bien sabido, la cuestión de anormalidad o desproporción de las ofertas guarda relación no ya con la aplicación del propio pliego, sino con los importes ofrecidos por cada licitador en su oferta, que han de referenciarse entre sí de cara a apreciar esa eventual anormalidad o desproporción de idéntica manera a la prescrita en el artículo 85 del RGLCAP, de ahí que no haya lugar a cuestionar su legalidad. Por otra parte, es menester recordar que la circunstancia de que una proposición pueda estar inicialmente incurso en anormalidad o desproporción no comporta, automáticamente, su rechazo de plano sino la tramitación de un procedimiento contradictorio sobre el que debe resolver en todo caso de forma motivada el órgano de contratación.

Por todo ello, este motivo de la recurrente tampoco ha de prosperar, por cuanto la fórmula de valoración del criterio precio del PCAP es conforme a Derecho.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

QUINTO.- A continuación se objeta, como siguiente motivo de recurso, la disconformidad a Derecho de la cláusula 13.B.c) del PCAP que es la que contempla el criterio «*Medios materiales*» –dentro de los que cuya ponderación depende de un juicio de valor–; en particular, se cuestiona la legalidad de los subcriterios «*Vehículos respetuosos con el medio ambiente*» y «*Reducción de ruidos de maquinaria y medios auxiliares*», valorables hasta 2 y 3 puntos, respectivamente, por la indeterminación en cuanto al modo de formulación y de ponderación de ambos, lo que implica –a su juicio– inseguridad y desigualdad.

A su vez, el órgano de contratación esgrime que en la valoración de dichos subcriterios se *«tendrá en cuenta todas las características técnicas de los vehículos que presenten en la oferta, como es la ficha técnica, en donde se describan aquellos aspectos que sean respetuosos con el medio ambiente (emisiones CO₂, menor impacto de ruidos, combustibles alternativos a la gasolina, etc) teniendo en cuenta que se otorgará la máxima puntuación a la empresa que presente vehículos que dispongan de mayores aspectos respetuosos con el medio ambiente, y valorándose el resto de las propuestas de manera proporcional, no pudiéndose prever a priori todos aquellos aspectos que pueden ser respetuosos con el medio ambiente (...) el criterio de la proporcionalidad se realizará siempre en todos los apartados de la letra B “Criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor”»*.

Cabe comenzar el análisis de este motivo del recurso con la invocación de los principios de igualdad de trato y no discriminación –que van unidos inexorablemente a su corolario, el de transparencia–, que han de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

regir toda licitación pública y que la recurrente considera que se han conculcado.

Así, el fin último de dichos principios es garantizar que no existe ningún riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. En concreto, la STJUE de 14 de septiembre 2017, asunto Casertana Consttuzioni Srl y Ministerio delle Infrastruttire e dei Trasporti, (C-223/16), ha afirmado que:

«34. Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada, y sentencia de 4 mayo de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 36)».

En el presente caso, para la ponderación de los subcriterios impugnados



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

–al igual que para los otros comprendidos en el criterio «Medios materiales»– sólo se fija una horquilla de puntuación a cada uno de ellos, pese a que se trata de un criterio sujeto a juicio de valor. Al comienzo de la cláusula 13.B del PCAP se indica además lo siguiente: *«Partiendo de la documentación contenida en el SOBRE B “REFERENCIAS TÉCNICAS” y según las exigencias contenidas en el pliego de prescripciones técnicas se analizará y valorará la documentación aportada, (...)»*. Analizado el contenido del PPT, no se indica nada en el mismo ni se ofrece ninguna pauta que pueda ilustrar al potencial licitador sobre el modo en que van a ponderarse los subcriterios *«Vehículos respetuosos con el medio ambiente»* y *«Reducción de ruidos de maquinaria y medios auxiliares»*.

Al hilo de la STJUE invocada y a propósito del meritado principio de igualdad de trato, cabe traer a colación el Acuerdo de este Tribunal 18/2016, de 26 de febrero, en el que se afirma lo que sigue:

«El principio de igualdad de trato implica, por tanto, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (STJUE de 16 de septiembre de 2013). Por ello, como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque se quiebra el fundamento del principio de transparencia, que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

obedece a la finalidad de que los licitadores puedan tener una correcta estrategia a la hora de presentar sus ofertas.

Desde estos parámetros interpretativos debe analizarse este motivo del recurso. Es cierto que la delimitación de los aspectos a puntuar en cada criterio puede resultar suficiente para conocer lo que se valora en la oferta. Sin embargo, no se incluye la cuantificación desglosada –máxime cuando se exige un umbral mínimo de superación–, lo que puede generar una restricción a la correcta operatividad del principio de transparencia. La denominada “discrecionalidad técnica” propia de los criterios sometidos a juicio de valor no impide anticipar qué aspectos, y su concreta ponderación, se tendrán en cuenta a la hora de comparar las ofertas (lo que no los convierte en criterios reglados)».

Desde este parámetro interpretativo, resulta evidente que los subcriterios de valoración impugnados no se atienen a los principios de igualdad de trato y no discriminación, ni a su correlativo de transparencia, en tanto no explican, ni mínimamente, cómo saber –en su caso– las preferencias de la Administración contratante respecto a los vehículos respetuosos con el medio ambiente o a la reducción de ruidos en la maquinaria y medios auxiliares, ni cómo obtener la puntuación que se contempla en el pliego. Y no son cuestiones que puedan quedar «diferidas» a la posterior evaluación de los técnicos –como se señala en los informes de la unidad gestora a los recursos–, pues toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la admisión de concreción de subcriterios y de ponderación, contenida en –además de la ya citadas–, en las Sentencias de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/04–ATI EAC y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Viaggi di Maio), y de 20 de diciembre de 2017, (asunto C-677/15–EUIPO), y asumida por los diferentes órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, que ha concretado los requisitos para que ello resulte admisible.

Procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso y declarar la ilegalidad del criterio de adjudicación impugnado. Por consiguiente, y en aplicación de la doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG, –que se refiere a la hipótesis de que la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato– procede declarar la anulación de todo el procedimiento conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En definitiva, la anulación de un criterio de adjudicación obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación, cuya convocatoria deberá respetar la doctrina fijada en el presente Acuerdo a fin de garantizar la debida transparencia y respeto de la igualdad de trato de toda contratación pública.

Aunque la estimación de este motivo de recurso haría innecesario el análisis del resto de motivos –pues se deriva la nulidad de la licitación–, este Tribunal considera necesario, en aras del principio de congruencia y a fin de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, entrar en los restantes motivos del recurso.

SEXTO.- El siguiente motivo –relativo al contenido del PPT– argumenta la incorrección de sus cláusulas 3ª («Objeto de este pliego») y 6ª («Ámbito de actuación. Variaciones en el mismo»). A partir de ellas la recurrente entiende que la documentación contractual, no recoge íntegramente la información necesaria y que debería ser facilitada de forma exhaustiva, en relación con las zonas verdes ya existentes y las que estén en ejecución, el mobiliario de parques y urbano –respecto al mantenimiento–, y con el plan de organización del servicio y ámbitos de actuación –respecto a la limpieza de zonas verdes–, lo que –a su juicio– *«hace necesaria la entrega (...) de un inventario de mediciones para conocer la amplitud del trabajo de cara a un dimensionamiento óptimo del servicio»*. Concluye que todo lo anterior puede redundar en un trato de favor al contratista actual, que sí dispone de toda la información.

El órgano de contratación, por su parte, aduce que los Anexos a los pliegos contienen *«una relación de las unidades de mantenimiento de*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

las zonas verdes, espacios recreativos y unidades de arbolado que, junto con una inspección visual de las zonas verdes por parte de los licitadores interesados, sería suficiente para dimensionar este contrato en las mismas condiciones de igualdad para cualquier empresa interesada». Añade asimismo que el inventario elaborado por la actual adjudicataria «está a disposición de cualquier empresa interesada para su consulta (apuntando que un potencial licitador ya ha hecho uso de esta posibilidad) ... al igual que cualquier otra información o consulta que pudieran requerir los interesados en esta licitación».

Las cláusulas del PPT cuestionadas por el recurso deben ponerse en relación, por un lado, con los Anexos I a III a los pliegos («Unidades de mantenimiento zonas verdes», «Relación de espacios recreativos» y «Unidades de arbolado», respectivamente), en los que se explican y desarrollan –en ese mismo orden– las diferentes zonas verdes y su naturaleza junto con los elementos a tener en cuenta, las unidades en función de su tipología junto con su número y elementos, y las unidades aproximadas de arbolado por ubicación. Por otro lado, también han de cohonestarse con la cláusula 7ª del PPT, en la que se indica que la Administración contratante dispone de más datos (información en soporte papel, cartografía digital, inventario confeccionado por la actual contratista, e información y conocimientos recopilados por el técnico no titulado), y que se pondrá a disposición de la empresa adjudicataria.

En este sentido, el propio órgano de contratación reconoce –en su informe al recurso– que tal y como se acaba de señalar que el inventario elaborado por la actual adjudicataria «está a disposición de cualquier empresa interesada para su consulta (apuntando que un



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

potencial licitador ya ha hecho uso de esta posibilidad) ... *al igual que cualquier otra información o consulta que pudieran requerir los interesados en esta licitación*». Es decir, que hay una información necesaria para que los licitadores formulen sus ofertas, cual es el inventario de que dispone la actual empresa adjudicataria, pero que el órgano de contratación no ha incorporado como documento anexo a los pliegos ni ha publicado tampoco en el perfil del contratante, de manera que este Tribunal entiende que a pesar de que se dé la posibilidad de inspección de los elementos que constituyen el objeto, al no facilitarse toda la información referente al mismo (en este caso, la relativa al inventario), hay una indeterminación en el objeto del contrato en relación con las prestaciones a realizar, de manera que se coloca en una posición de desequilibrio al resto de licitadores frente a quien ha sido hasta ahora el contratista, que obtiene una clara ventaja a la hora de formular su oferta, lo que supone atentar directamente contra el principio de igualdad, siendo contrario a Derecho, tal y como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal administrativo, entre otros, en el Acuerdo 39/2018, de 4 de junio. Y todo ello en aplicación de los meritados principios de igualdad y transparencia.

Por tanto, se entiende que la información proporcionada en los pliegos u obtenible a resultas de los mismos se considera inadecuada e insuficiente, por lo que a este respecto no resultan conformes a Derecho y procede, en consecuencia, acoger este motivo de recurso.

SÉPTIMO.- Otro motivo en el que se fundamenta el recurso es la disconformidad a Derecho de la cláusula 6ª del PPT –párrafos penúltimo y último– ya que ponen de manifiesto un enriquecimiento injusto en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

favor de la Administración y una indeterminación para la reducción de la superficie a conservar, al contemplar, de un lado, la obligación para el contratista de asumir *«los incrementos que se produzcan en el ámbito de actuación, hasta el 3% del mismo durante cada año de vigencia del contrato, sin derecho a incremento del precio adjudicado, al no considerarse modificación del contrato»* y, de otro, por el contrario *«(e)n el caso de disminución de zonas verdes a conservar y previo el aviso correspondiente, se realizará el expediente de detracción económica que corresponda por la superficie no conservada, de forma inmediata a que se produzca el abandono de la misma y en las mismas condiciones expresadas anteriormente»*. Para esta última previsión, la recurrente cuestiona el modo en que se procederá a minorar la remuneración del contratista, así como los conceptos que se tendrán en cuenta.

A este respecto, manifiesta el órgano de contratación que *«a lo largo del contrato se pueden incrementar ciertas unidades de zonas verdes, con más mobiliario urbano, arbolado, zona de setos, etc, como consecuencia de mejora o creación de nuevas zonas verdes y que lógicamente debe entenderse incluido dentro de este contrato de servicio de mantenimiento y conservación de zonas verdes y que se limita en el pliego hasta un máximo de un 3%. En cuanto a la disminución de zonas verdes, en caso de que sucediera se estaría a lo dispuesto por el licitador en el Estudio Económico que es obligatorio que el licitador presente junto a la oferta económica en el Sobre C según lo dispuesto en la disposición 24 del PPT»*. Se trata, según confirma el órgano de contratación, por tanto, de un incremento al alza de las prestaciones a realizar por el contratista sin contrapartida para éste, en el primer supuesto; y de una reducción de dicha prestación, para cuyas consecuencias económicas se estará al estudio presentado por aquél



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

junto con su oferta, en el segundo.

En el Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, extrapolable al presente caso, se afirma que:

«Es ilegal que un licitador asuma el impacto de una modificación contractual, porque se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato, sin que se pueda encajar en los parámetros del riesgo empresarial (o riesgo y ventura). La incertidumbre del mayor costo de un contrato público de obra resulta contraria al propio sistema de retribución que el TRLCSP establece de forma obligatoria.

Es bien conocido que en el contrato administrativo se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos [artículo 19.1.b) TRLCSP], lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante la modificación del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos. Por ello, la Administración Pública dispone de prerrogativas, como es el caso de la potestas variandi –el tradicionalmente denominado ius variandi– o prerrogativa de modificación unilateral del contrato, por motivos de interés público, mediante compensación (por ejemplo, TRLCSP artículos 209 a 211). Como contrapartida del otorgamiento de tales prerrogativas (con independencia de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos perseguidos con el contrato, el Derecho administrativo también garantiza al contratista una remuneración suficiente. La denominada “honesta equivalencia de prestaciones” entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, (formulación doctrinal



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

perfectamente interiorizada por la jurisprudencia), se quiebra con la cláusula objeto de impugnación, ya que en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder adjudicador concedente y un derecho del contratista. Y, por ello, debe ser declarada ilegal.

Asimismo, esta previsión del pliego impugnada –a diferencia de lo que sostiene el órgano gestor– es manifiestamente contraria al principio de eficiencia. Este principio, de fundamento constitucional – artículo 31.2 CE– obliga a que en cualquier gasto público se realice una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía. Principio igualmente recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz, sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad. Y la previsión impugnada en modo alguno es compatible con este principio, pues a lo que conduce –o puede conducir–, es a que los licitadores, en su oferta, incluyan ya como gasto tal posibilidad, lo que incrementará el precio ofertado. Y de no haber modificaciones se estaría retribuyendo de forma manifiestamente ineficiente.

La posibilidad de que algún licitador asuma ese riesgo rompe con la regla de igualdad de trato, y es una condición que no encuentra cobertura legal y que puede, además, ocultar o amparar ofertas que pueden resultar anormales o desproporcionadas, lo que pone en riesgo la correcta ejecución del contrato (que es la auténtica causa del procedimiento de licitación).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea, aparentemente, conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia. Y la previsión impugnada rompe esta máxima, por lo que incurre en manifiesta ilegalidad».

Desde los parámetros de análisis recién expuestos en el mencionado Acuerdo, la previsión del pliego impugnado que obliga a que un licitador asuma el impacto económico de un incremento de la superficie a mantener o de los trabajos a realizar, si ésta no supera –en términos anuales– el tres por ciento del «ámbito de actuación», es contraria, al principio de equivalencia de las prestaciones, por lo que resulta manifiestamente ilegal y vicia de nulidad de pleno derecho a todo el pliego.

Tampoco se ajusta a la normativa vigente el supuesto previsto para, en caso de la reducción de las zonas verdes a mantener, con la detracción de la remuneración del contratista, pues se trata efectivamente de una modificación (a la baja) del contrato que no se atiene a la regulación contenida en el artículo 106 del TRLCSP, siendo incongruente con el tenor de la cláusula 22 del PCAP en la que se indica expresamente que no se prevé modificación del contrato (salvo las previstas en el artículo 107 TRLCSP), pues no determina ni diseña sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, procedimiento, etc..), de forma clara, precisa e inequívoca, por lo que procede igualmente anular este apartado de la cláusula impugnada.

En consecuencia, este motivo del recurso ha de prosperar.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

OCTAVO.- Otro motivo en el que se fundamenta el recurso es la disconformidad a derecho de la cláusula 7ª del PPT (*«Elaboración del Inventario»*), ya que pone de manifiesto –a juicio de la recurrente– que el órgano de contratación carece de inventario previo y que se impone al contratista la obligación de confeccionarlo sin retribución alguna por dicho concepto.

A este respecto, el órgano de contratación aduce que la cláusula cuestionada alude a *«una actualización del inventario actual que se presentó por la actual empresa adjudicataria del servicio en febrero de 2016. Dicha actualización requiere de mayor información de la que se dispone en el actual inventario, sobre todo a nivel cartográfico; teniendo en cuenta que el Ayuntamiento pondrá a disposición del adjudicatario toda la información disponible, todo ello necesario como paso previo para poder realizar el INVENTARIO INFORMATIZADO que es realmente el que supondrá un coste para el adjudicatario, y del cual no cita ni nombra en ningún momento ASEJA en su alegación. Dicho inventario informatizado supondrá la verdadera herramienta para el mantenimiento y conservación de las zonas verdes y para el control del servicio por parte del Ayuntamiento (...); es decir, los trabajos a efectuar –en cuanto a dicho inventario– para el órgano de contratación son su actualización y su informatización.*

Sin embargo, este Tribunal comprueba cómo la cláusula 7ª del PPT, a partir de una serie de documentación que relaciona disponible para el contratista, señala que: *«(...)la empresa adjudicataria deberá realizar a su costa el INVENTARIO ACTUALIZADO DE LAS ZONAS VERDES en un plazo máximo de SEIS MESES desde el inicio de la prestación del servicio, en el*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que incluirá planos y fichas particulares para cada espacio o zona de mantenimiento y permitirá efectuar las consultas y modificaciones que se consideren importantes para la buena gestión del mantenimiento, a criterio del Área de Medio Ambiente. La documentación gráfica será revisada, valorada y validada por el Área de Medio Ambiente (...) Dicho inventario deberá informatizarse en la "Plataforma Arbomap" o similar (software de gestión de zonas verdes, arbolado, mobiliario y juegos infantiles) en el plazo de UN AÑO desde el inicio de la prestación del servicio... La realización de los trabajos descritos en los apartados del presente pliego referentes al Inventario y los costos de cualquier tipo asociados a ellos (implantación en el Servicio Municipal, tablets necesarias para visualizar la aplicación en el terreno, posibles licencias...) está incluida en el precio del contrato».

Por tanto, es cierto que frente a lo que sostiene el órgano de contratación, en la cláusula discutida el PPT contempla la obligación de confeccionar e informatizar el inventario, para lo que otorga un plazo de seis meses y un año (desde el inicio de la prestación del servicio), respectivamente; y añade que la remuneración por tales trabajos está incluida en el precio del contrato.

Del informe obrante en el actuado relativo a la estimación del valor del contrato (documento nº 4), donde se recogen –a partir del tipo de licitación del anterior contrato y de las exigencias mínimas establecidas en la presente– las cantidades cifradas para cada una de las prestaciones principales –limpieza y conservación/mantenimiento–, sin que en ningún momento se prevea el concepto "confección e informatización del inventario" ni a cuánto asciende.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

A ello se une que, en la cláusula 21.1.1 del PCAP –única relativa al abono del precio del contrato en toda la documentación contractual–, se prevé literalmente el derecho del contratista *«(a)l abono de las facturas en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha de su expedición. El pago del precio se efectuará previa presentación por el contratista de las correspondientes facturas a mes vencido...»*; así no sólo no distingue los precios correspondientes a la conservación y a la limpieza, sino que tampoco refiere ninguna especialidad para el abono de los trabajos de confección e informatización del inventario, siquiera temporalmente, habida cuenta de que la empresa adjudicataria dispone de los plazos ya indicados para esos cometidos, así como, durante la vigencia del contrato, su actualización que igualmente recoge la cláusula 7ª del PPT.

Es decir, según los pliegos, una vez comenzada la ejecución del contrato y transcurridos dos meses, el contratista tiene derecho al abono de los servicios adjudicados, entre ellos la confección del inventario. Sin embargo, tal y como se acaba de explicar, de acuerdo con la cláusula impugnada del PPT debe realizarlo a su costa. Por otra parte, en la cláusula 21 del PCAP, que regula el derecho al abono del precio no figura ninguna distinción por este concepto.

Consecuencia de ello es que la prestación no está cuantificada, por lo que llegado el caso no se podría aplicar el artículo 307 del TRLCSP, para el supuesto del cumplimiento defectuoso de estos trabajos, donde se señala que *«si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

satisfecho», pues como ya se ha puesto de manifiesto se desconoce el *quantum* de dicha prestación.

Por otra parte, en la cláusula 5ª del PCAP se establece que la duración del contrato es de cuatro años con posibilidad de prórroga por períodos anuales hasta un máximo de dos prórrogas. Este planteamiento de la duración del contrato resulta incoherente con la previsión que se hace en el pliego del pago de los trabajos de confección e informatización del inventario.

En resumen, existe por un lado una indeterminación e indefinición del precio de la prestación, faltando una cuantificación de los trabajos a realizar. Así, el pliego señala que dicho importe –indeterminado e indefinido– está incluido en el precio del contrato cuando, sin embargo, los trabajos de confección e informatización del inventario deben haberse finalizado a los seis meses y al año del inicio de la prestación del servicio, respectivamente, por lo que resulta obvio que el abono de tales trabajos está absolutamente desvinculado de su ejecución material.

Además, se comprueba que, de la duración del contrato, la cual no está predeterminada pues existe la posibilidad de dos prórrogas anuales, dependerá lo que finalmente se perciba por los trabajos realizados.

Sobre esta cuestión de la concreción del objeto del contrato y su precio, se ha pronunciado este Tribunal en su Acuerdo de 15/2018, de 27 de marzo, participando del criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, puesto de manifiesto en su Resolución 237/2015, de 7 de julio, en la que se afirma: «La



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa y qué duda cabe que la configuración actual del abono de la prestación podría conllevar un enriquecimiento injusto por alguna de las partes, ya sea por exceso de actuaciones como por defecto de las mismas».

Por tanto, si bien de la documentación obrante en el expediente se desprende la existencia de un documento denominado “inventario” inicial (cuya falta de información ya ha sido abordada), que según los términos del PPT se ha de tomar como base para la confección e informatización del inventario que corresponde elaborar al adjudicatario, lo que no se ha concretado es el importe que corresponde a los trabajos que comportan esta obligación.

En conclusión, cabe apreciar, a criterio de este Tribunal, una falta de concreción respecto a la determinación del precio del contrato en relación a la obligación de la confección del inventario según los términos en que están planteados los pliegos, lo que determina la estimación del motivo y la correlativa anulación de las cláusulas correspondientes conforme a lo analizado en el presente fundamento.

En consecuencia, este motivo de recurso debe prosperar.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

NOVENO.- A continuación se impugna, sobre la base nuevamente de la indefinición en el objeto del contrato, la cláusula 8ª del PPT (*«Trabajos incluidos en el contrato»*) cuyo tenor literal –en sus párrafos primero y segundo– es el que sigue: *«El contratista, con el personal idóneo en número y competencia profesional, y a su cargo a todos los efectos, así como con equipos idóneos de maquinaria y herramientas, atenderá debidamente en tiempo y forma la realización de las labores que se precisen realizar de forma habitual para mantener las zonas verdes en perfectos estado botánico y ornamental. Los servicios a realizar comprenden las labores descritas con detalle en el ANEXO IV y todas aquéllas necesarias para la prestación de un servicio integral de mantenimiento y conservación de las zonas verdes públicas de competencia municipal. Cualquier interpretación del contrato deberá realizarse bajo la perspectiva de que las labores al margen del precio contrato tienen carácter extraordinario»*. De esta manera, el pliego no queda debidamente precisado y determinado, vulnerándose –a juicio de la recurrente– los artículos 22.1, 86.1 y 109.2 del TRLCSP, así como el artículo 2.2 del RGLCAP; invoca asimismo y extracta en defensa de su tesis el Acuerdo de este Tribunal 991/2015, de 23 de octubre, por error dado que dicho acuerdo no existe.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe explica que *«el objeto (del contrato) está ampliamente definido tanto en el PCAP como en el PPT y sus anexos. La mención que se indica en esta Disposición 8ª sobre "... y todas aquellas necesarias para la prestación de un servicio integral de mantenimiento y conservación de competencia municipal" se refiere a que se entienden incluido dentro de este contrato de servicio todas aquellas labores necesarias para una buena conservación y mantenimiento de las zonas verdes de*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Calatayud» y concluye dicho órgano señalando que «toda empresa de jardinería que participe en esta licitación debe conocer por su experiencia en este tipo de labores».

En el presente procedimiento de contratación, de la consulta del expediente se concluye que el objeto del contrato se define en la cláusula 1ª del PCAP como servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud; encargándose el PPT del desarrollo de las condiciones técnicas de ejecución de dicho servicio.

Cabe traer a colación el Acuerdo de este Tribunal 101/2015, de 20 de noviembre, se afirma lo que sigue: *«La doctrina sobre el objeto del contrato debe ser puesta en relación con la regulación del contenido de los Pliegos de prescripciones técnicas que se recoge en los artículos 116 y 117 del TRLCSP. Y el PPT que rige esta licitación cumple con esos parámetros y describe con detalle las características y condiciones relativas a la prestación del servicio».* Esa misma conclusión cabe extraer en el presente caso, respecto de la cláusula discutida, y la mención *«... y todas aquellas necesarias para la prestación de un servicio integral de mantenimiento y conservación de competencia municipal»*, debe considerarse una cláusula de cierre en pro de la correcta prestación del servicio y cuyas consecuencias prácticas no han de escapársele a todo posible licitador, razonablemente informado y experimentado, y normalmente diligente, en virtud también del conocimiento de su propio oficio.

En consecuencia, este motivo de recurso debe decaer.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

DÉCIMO.- Acto seguido el recurso cuestiona, nuevamente, la indefinición en el contrato, esta vez en la cláusula 11ª del PPT («Obras nuevas y mejoras») cuyo tenor literal –en sus párrafos primero y segundo– es el que sigue: *«El Ayuntamiento tendrá absoluta libertad para realizar, tanto obras nuevas como mejoras en los espacios verdes entregados a conservación, no habiendo lugar a incremento del precio del contrato alguno por las mismas, siempre que éstas no supongan una variación apreciable en el nivel de conservación exigido. Podrán crearse nuevos macizos de plantas de flor, praderas, plantaciones de árboles o arbustos, etc. Así mismo podrán realizarse tanto obras nuevas como mejoras de las instalaciones de riego y fuentes públicas, así como en las dotaciones del mobiliario urbano. También podrá ampliarse el número de elementos del mobiliario urbano e incluso crearse nuevas zonas de juegos infantiles, etc. Todas las obras nuevas en las zonas verdes, incluidas las instalaciones y mobiliario urbano, se recepcionarán por el contratista antes de hacerse cargo de las mismas levantando el acta de reconocimiento en los términos expresados en la cláusula 5ª».* Considera la recurrente que el concepto “variación apreciable” no puede ser determinado a discreción de la Administración ni, mucho menos, no afectar al precio del contrato. Ante la falta de concreción de dicho concepto, concluye que el mismo crea inseguridad e indefensión.

Por su parte, en su informe al recurso, el órgano de contratación apunta que *«esta “variación apreciable en el nivel de conservación exigido” irá en consonancia con lo dispuesto en la Disposición 6ª “Ámbito de actuación. Variaciones en el mismo” en el que se establece un límite anual de un máximo de 3%».*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Es claro y evidente que la “variación apreciable” que introduce el PPT se trata de un concepto jurídico indeterminado que, tal y como ha sido configurado en la cláusula impugnada, viene a quebrar, de un lado, el principio de equivalencia de las prestaciones, por lo que cabe remitirse a lo ya expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo respecto a que su utilización carezca de repercusión económica sobre el contrato; y, de otro, al no establecerse ningún parámetro o límite cuantitativo ni cualitativo, no se ajusta a las reglas de interpretación de los contratos fijadas en el Código civil (artículos 1281 a 1289), de aplicación supletoria también a los contratos públicos, según confirma la Resolución del TACRC 166/2017, de 10 de febrero, junto con las que en ella se citan; su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que:

«En este sentido, debe recordarse que este Tribunal ha manifestado en anteriores ocasiones (Resoluciones 49/2011, de 24 de febrero ó 510/2014, de 4 de julio) que los contratos públicos son, ante todo, contratos, y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en el TRLCSP y, caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, acudiendo el Tribunal, a estos efectos, al criterio de interpretación literal si los términos del contrato son claros (artículo 1.281 del Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica (Resoluciones 199/2014, de 11 de febrero, ó 402/2014, de 23 de mayo), “sin que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos pueda perjudicar a los licitadores” (Resoluciones 173/2014, de 28 de febrero, ó 402/2014, de 23 de mayo, entre otras)».

En concreto, una utilización indebida de esta figura sería contraria precisamente a la última de las reglas que menciona que la Resolución recién transcrita, la recogida en el artículo 1288 del Código civil; lo cual,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

unido la vulneración de la equivalencia de las prestaciones, conduce a asumir la postura de la recurrente y rechazar la del órgano de contratación, en cuya defensa había invocado otra cláusula que es merecedora igualmente de la sanción de nulidad.

En consecuencia, procede acoger este motivo de recurso.

UNDÉCIMO.- Se combate a continuación otro aspecto de la cláusula 11ª del PPT; se trata de su apartado 2º («Supervisión nuevas zonas verdes») que establece: *«En todos los casos, el Ayuntamiento someterá a informe del contratista los proyectos (municipales o de particulares) que contengan prescripciones sobre urbanización de las zonas verdes públicas (presentes o futuras)»*. Este cometido de asesoramiento de índole urbanística –a juicio de la recurrente– queda fuera del objeto del contrato, ante la falta de vinculación con el mismo, por lo que interesa su anulación.

A su vez, el órgano de contratación señala que *«el objeto del contrato se establece en la Disposición 1ª del PCAP donde se establece que el objeto del contrato es la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud conforme al PCAP y al de PPT incluyéndose todas aquellas cuestiones que se establezcan en los pliegos como lo que dispone el apartado 2º de la Disposición 11 del PPT (supervisión nuevas zonas verdes)»*.

El punto de partida lo constituye, en efecto, la cláusula 1ª del PCAP dedicada al objeto del contrato, que señala como tal *«la prestación del*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud» conforme al PCAP y al PPT que rigen la convocatoria.

Por otra parte, en la cláusula 11.2 del PPT no se indica la frecuencia de estas prestaciones ni se hace mención expresa a que las mismas sean remuneradas ni por cuánto, en su caso.

Procede en este punto asimismo tomar como referencia los argumentos que ha expuesto este Tribunal en el Fundamento de Derecho Octavo, y que aquí se dan por reproducidos en aras de la brevedad, así como la Resolución del TACRC 344/2017, de 21 de abril, y el Acuerdo de este Tribunal 84/2015, de 10 de agosto, donde se señala: *«(e)sta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de relación entre el objeto del contrato y el objeto social del licitador».*

Es decir, como sucedía en el caso analizado por el Acuerdo de este Tribunal 15/2018, de 27 de marzo, en el presente se aprecia también una indeterminación en el objeto que, de suyo, conlleva que se desconozca la estimación del importe de esta parte del contrato, y cuyo cálculo –al igual que el de todo el valor estimado del mismo– no se ha llevado a cabo, por cierto, tal y como señala el Informe 8/2017 de la Junta



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de 21 de junio de 2017, lo que determina que los licitadores carezcan –en este punto– de la información necesaria para poder formular correctamente su oferta, por lo que procede estimar este motivo del recurso, por vulneración del artículo 87 del TRLCSP.

Por cuanto antecede, este Tribunal entiende que, efectivamente, la redacción de la cláusula 11.2 del PPT contiene una indefinición de las prestaciones a realizar, que exceden lo que constituye el objeto del contrato según el propio pliego, y además no se ha concretado el precio de esta obligación, lo que conlleva inseguridad jurídica para los licitadores, por lo que ha lugar a este motivo del recurso.

DUODÉCIMO.- Se aduce después en el escrito del recurso que hay falta de información respecto al personal a subrogar y sus categorías profesionales, así como se exponen ciertas dudas por determinados funciones a desarrollar y en la jornada de los trabajadores (cláusula 14.1 del PPT), lo que –a juicio de la recurrente– resulta contrario al artículo 120 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación indica que ostenta «(la) potestad para establecer las categorías de los trabajadores que considere oportunas para la licitación de este contrato, creando dos nuevas categorías laborales como son la de “encargado” y “oficial jardinero”, y que el licitador deberá contemplar en su oferta promocionando a alguno de los trabajadores actuales o realizando las contrataciones que considere oportunas, puesto que se trata de una lista de “mínimos” tal y como se establece en esta disposición del PPT».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Al respecto, la actora emplea el término “disfunción” para lo que considera una incoherencia entre los listados de personal contenidos en la cláusula 14.1 del PPT (nueve efectivos para la «Brigada de jardines»: un técnico no titulado, un encargado, un oficial jardinero, tres jardineros, un auxiliar jardinero, dos peones jardinero, y dos para la «Brigada limpieza festivos»: un auxiliar jardinero y un peón jardinero) y en el Anexo V a los pliegos (once efectivos en total: un técnico no titulado, cinco jardineros, dos auxiliares jardineros y tres peones jardinero). Y ello a consecuencia de que éste –que relaciona el personal objeto de subrogación– no contempla ninguna plaza de Encargado ni de Oficial jardinero a diferencia de aquélla, que sí recoge una para cada categoría profesional de las indicadas. Asimismo, aduce que no se idéntica el concreto operario que debe prestar las funciones de “personal de guardia”, lo que, además de contravenir el artículo 120 del TRLCSP, redundaría en favor del actual adjudicatario, que sí dispone de toda esa información.

La cuestión controvertida consiste así en determinar si el órgano de contratación ha dado –o no– cumplimiento a la regulación contenida en el citado artículo 120 del TRLCSP. La problemática de la subrogación de trabajadores, a decir del TACRC (Resolución 440/2016, de 3 de junio), *«ha dado lugar a gran número de recursos y resoluciones del Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuya cita resultaría inagotable. Valga como ejemplo la reciente Resolución nº 308/2016. La doctrina establecida –dejando al margen singularidades– se puede sintetizar del siguiente modo:*

1º. La obligación de subrogación no nace del contrato administrativo, sino de la legislación laboral o convenio colectivo del sector.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

2º. En esos supuestos, el artículo 120 TRLCSP obliga a dar la información suficiente para que los licitadores puedan, en condiciones de transparencia e igualdad, confeccionar sus ofertas.

3º. La previsión de subrogación prevista en la legislación laboral o convenios no vincula a la Administración a la hora de definir el contenido de la prestación a contratar».

Otra Resolución de ese mismo Tribunal contractual, la 815/2015, de 11 de septiembre, con relación a ese punto 2º, ilustra acerca del grado de detalle en la información a suministrar vía pliegos a respecto de la subrogación de trabajadores; en ella el TACRC se expresa en los siguientes términos:

«La información facilitada en la cláusula 53, bis del PCAP, consiste en el número de los trabajadores a subrogar –18–, junto con la fecha de antigüedad del trabajador y la categoría laboral –encargado, oficial 1ª y oficial 2ª–. Con esta información, estima el Tribunal que es suficiente para que el potencial licitador conozca sin más, el coste laboral de los trabajadores. Si además se identifica en el propio PCAP, el Convenio Colectivo aplicable, cual es en el presente caso, el de Industrias y Servicios de Metal de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, Provincia de Albacete (BOP de 19/9/2012), en el que se detallan los conceptos retributivos a que tienen derecho los trabajadores sometidos al Convenio del sector, y de los que se ha hecho mérito más arriba, al transcribir el informe del órgano de contratación. Toda esa información es más que suficiente, para el cálculo de los citados costes laborales, del personal a subrogar, que pueden hacer los licitadores interesados, para así elaborar y formular su oferta económica».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En el presente caso, se ha proporcionado la misma información que en el analizado por el TACRC (número de trabajadores, categoría profesional, antigüedad y Convenio Colectivo aplicable), así como además la jornada –completa o parcial– de cada uno de ellos, por lo que la conclusión debe ser idéntica a la que llegó en su día ese Tribunal: se ha dado cumplimiento al artículo 120 del TRLCSP, en tanto que la información disponible al respecto en la documentación contractual, resulta suficiente para el cálculo de los costes laborales por cada licitador. Y las dudas planteadas en el recurso acerca de identificar el concreto personal que desarrolle las guardias durante el tiempo correspondiente fuera de la jornada ordinaria, incluidos sábados domingos y festivos, no se sostienen por cuanto que se trata de perfiles profesionales a suplementar en la nueva licitación que no existen en el actual contrato, y cuyos costes salariales son fácilmente determinables por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.

Y todo ello pese a la supuesta contradicción –que no es tal– esgrimida por la recurrente a causa de la diferencia que observa en los listados de personal contenidos en la cláusula 14.1 del PPT y en el Anexo V a los pliegos, pues tal y como el órgano de contratación defiende en su informe al recurso, aquélla contiene una lista de trabajadores por su categoría profesional que reviste carácter mínimo –por tanto, mejorable por el licitador en su oferta– y no coincide con el puesto que actualmente ocupan cada uno de ellos. La Administración ha variado así el contenido del objeto de la prestación a contratar, lo cual es perfectamente lícito, según se desprende de la Resolución 440/2016 del TACRC ya transcrita. Y la propia recurrente es conocedora de esta opción pues, en efecto, en otro apartado anterior del escrito de recurso (el primer motivo de oposición al pliego en cuanto al fondo) viene a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

reconocer que la Administración pretende la promoción profesional a Encargado y a Oficial jardinero para dos de los once trabajadores a subrogar. Es decir, incurre en contradicción al objeto de argumentar el recurso en este aspecto cuando resulta más que evidente que ha interiorizado la voluntad del órgano de contratación, así como reconocido el indicado carácter de mínimo del contenido de la meritada cláusula 14.1 del PPT.

En consecuencia, este motivo de recurso debe decaer.

DECIMOTERCERO.- A continuación se impugna, sobre la base nuevamente de la indeterminación en el objeto del contrato, la cláusula 14.2 del PPT (*«Política de personal»*) cuyo tenor literal es el que sigue: *«Los licitadores deberán indicar en las ofertas los criterios de actuación para la contratación de personal que suponga una ampliación sobre el conjunto de personal a absorber. Propondrán asimismo la política de personal a seguir y en particular todos los aspectos relacionados con la formación, retribución, y seguridad e higiene en el trabajo»*. De esta manera, el pliego no queda –a su juicio– debidamente precisado y determinado; en concreto, porque no logra identificar en cuál de los criterios sujetos a un juicio de valor cabe ubicar la meritada cláusula.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe explica que *«este apartado se debe incluir dentro del apartado de “medios humanos” de los criterios de valoración, en la descripción de la plantilla propuesta, independientemente de que se tenga que valorar o no, dado que es información que precisa el Ayuntamiento para tener en cuenta a lo*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

largo de la vida de este contrato». Es decir, es en la cláusula 13.B.b) del PCAP donde debe incardinarse ese aspecto de la oferta sobre el personal a adscribir al contrato.

Habida cuenta de que dicha cláusula 13.B.b) del PCAP, pese al silencio que guarda en relación con la misma el PPT (cláusula 14.2), es la que versa exclusivamente sobre Medios humanos y en aquella se toman en consideración cuestiones idénticas que en ésta, no es necesario un mayor esfuerzo interpretativo para asumir, en este punto, la tesis del órgano de contratación y desechar la de la recurrente, por cuanto que la citada cláusula del PCAP demuestra ser la única donde tiene encaje este aspecto de la oferta, por lo que huelga mayor comentario al respecto.

Procede así rechazar, en consecuencia, este motivo del recurso.

DECIMOCUARTO.- El siguiente motivo en el que se fundamenta el recurso es la disconformidad a Derecho de la cláusula 14.3 del PPT – párrafos primero a tercero– ya que su aplicación implicaría que la Administración se situase en una posición de empleador del personal destinado a prestar el servicio que no le corresponde, de un lado, así como una intromisión en las facultades de organización y dirección del contratista, de otro, cuando prevé lo siguiente:

«El personal de la “brigada jardinería” contrata(do) deberá prestar sus servicios en régimen de jornada completa, debiéndose realizar las labores de conservación de lunes a viernes (40 horas semanales).

En cuanto a la “brigada limpieza festivos”, es decir, el personal de la contrata que realice las labores de limpieza los fines de semana



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

(sábados y domingos) y días festivos (14 días al año), también deberán prestar sus servicios en régimen de jornada completa (8 horas de trabajo efectivo al día), incluido el 24 y el 31 de diciembre.

Como norma general, no se superará las cuarenta y ocho horas de tiempo máximo de no prestación del servicio, debido a fiestas consecutivas».

Y no es viable el contenido de la cláusula cuestionada porque –a juicio de la recurrente– excede de lo estipulado en el Convenio colectivo de aplicación a dicho personal.

A este respecto, manifiesta el órgano de contratación –asumiendo que se produce un exceso sobre el referido Convenio colectivo– que «dicho exceso se puede computar dentro de las horas que debe realizar el "personal de guardia", es decir en horas no incluidas en la jornada laboral, incluido sábados, domingos y festivos (apartado 1º de la Disposición 14º)». El informe no aduce nada respecto a la intromisión en las facultades organizativas de la empresa adjudicataria, ni de la colocación de la Administración en la posición de empleador.

Así las cosas, el vigente Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 (publicado en el BOE el 9 de febrero de 2018) viene a regular la jornada de trabajo en su artículo 16, que dispone –en lo que aquí respecta– lo siguiente:

«La jornada máxima anual será de 1.700 horas anuales para cada uno de los años de vigencia del presente Convenio.

(...)

La jornada máxima diaria no podrá superar las ocho horas de trabajo efectivo, si bien se podrá pactar la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, no pudiéndose superar en ningún caso las nueve



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

horas de trabajo efectivo. Las empresas, de acuerdo con los/las representantes de los trabajadores/as elaborarán el calendario laboral, debiendo exponerlo en lugar visible en todos los centros de trabajo.

Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, mediarán, como mínimo doce horas.

Las empresas que viniesen realizando un número de horas anuales de trabajo efectivo inferior al establecido en este artículo lo mantendrán como condición más beneficiosa».

De lo anterior se colige que la jornada (a tiempo completo) prevista en el PPT, tanto para el personal de la «Brigada de jardines» como de la «Brigada limpieza festivos», cifrada para su cómputo diario en ocho horas, se ajusta al artículo del Convenio recién transcrito, por lo que es incierto que esa jornada contravenga el mismo.

Ahora bien, cuestión distinta es que el pliego imponga el porcentaje o carácter de la jornada del personal a adscribir a la prestación del servicio (a tiempo completo) o a otros aspectos de índole laboral, como bien aduce la recurrente en este aspecto; ello sí constituiría una intromisión en las facultades de organización y dirección de la empresa adjudicataria. Cabe diferenciar en este sentido dos planos: de un lado, la relación jurídica existente entre Administración y contratista, sujeta al Derecho administrativo; de otro, la relación jurídica existente entre la empresa contratista y sus trabajadores, sujeta al Derecho laboral. De ahí entiende el TACRC, en su Acuerdo 1202/2017, de 22 de diciembre, en un criterio que comparte este Tribunal, que: «los convenios colectivos y demás normas de aplicación a las relaciones entre el adjudicatario y el personal a su servicio están sujetas al ordenamiento laboral, de tal



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

suerte que en nada inciden en el vínculo establecido entre la Administración y el contratista. En consecuencia, estas referencias deben ser excluidas de los Pliegos. Ello no implica, en absoluto, que no sean de aplicación, ni que en la ejecución de las prestaciones del contrato puedan soslayarse las normas laborales. Estas disposiciones regirán entre el adjudicatario y el personal a su servicio, al margen de la Administración pues, como señala la Cláusula Z d) del Cuadro de Características –cláusula que se analizará posteriormente–, “el personal adscrito a los trabajos dependerá exclusivamente del contratista, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario respecto del mismo. El contratista responderá de cuantas obligaciones le vienen impuestas en su carácter de empleador, así como del cumplimiento de cuantas normas regulan la relación laboral o de otro tipo existente entre él y los trabajadores, sin que pueda repercutir contra la Administración ninguna multa, sanción o responsabilidad que por incumplimiento de alguna de ellas pudieran imponerle los Organismos competentes”. Atendido que ninguna relación se establece entre la Administración y el personal de seguridad al servicio del adjudicatario, ningún régimen laboral debe regularse en los Pliegos».

Así, la jornada de cada trabajador se fija en su respectivo contrato de trabajo, una de las fuentes de la relación laboral –además del Convenio colectivo de aplicación al que se encuentra subordinado– contenidas en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que como tal, ha de quedar fuera de la relación existente entre Administración contratante y empresa contratista, al hallarse dentro de la otra relación existente entre ésta y sus trabajadores. De



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

esta manera, es al contratista que resulte de la licitación a quien corresponde, en ejercicio de sus facultades de organización y dirección empresarial, determinar los medios necesarios y su distribución para atender el conjunto de las obligaciones derivadas del contrato, inclusive las de índole laboral, sin perjuicio de responder de su cumplimiento ante la Administración, en el plano existente entre ambos. Este criterio ha sido confirmado, recientemente, por el TACRC, en su Acuerdo 514/2018, de 25 de mayo, en el que se concluye que el órgano de contratación carece de la potestad de dirección sobre los trabajadores que desarrollan el objeto del contrato, los cuales están vinculados exclusivamente con el contratista, que es quien tiene la facultad de decidir sobre las cuestiones de índole laboral que afecten a aquéllos.

En consecuencia, este motivo del recurso ha de prosperar.

DECIMOQUINTO.- Por último, los cinco motivos finales de oposición a los pliegos impugnados aluden al Anexo IV (*«Labores a realizar»*), por lo que procede estudiarlos conjuntamente, sin perjuicio de matizar o precisar sobre determinados aspectos de alguno de ellos, como se expone a continuación.

Se trata de diversas cuestiones relativas a las prestaciones a desarrollar por el contratista en las que, nuevamente, la recurrente aprecia indefinición y desinformación, lo que –a su juicio– conlleva un trato de favor a la actual contratista y supone una quiebra del principio de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores. En concreto, discute la recurrente: a) la imposibilidad de elaborar el plan de poda anual del arbolado; b) la retirada de ejemplares muertos o a eliminar



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

por otras causas; c) la reparación de daños en el mobiliario urbano por actos vandálicos (hasta 5.000 €/año, IVA incluido); d) la plantación de cinco mil unidades de planta de flor cada año; y, e) la renovación de un 5% de la superficie del césped, también con carácter anual.

Sobre dichos extremos, el órgano de contratación en su informe explica –como nota común a estos aspectos– que, al tratarse de supuestos de difícil o imposible previsión, se han detallado todo lo posible, proporcionando la información disponible en el perfil (Anexo I) o dando la opción a cada eventual licitador de visitar los espacios objeto del contrato, y así obtener *in situ* y de primera mano información adicional.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, en la Resolución 98/2015, de 26 de junio, considera que *«si bien es cierto que realizar un inventario cerrado respecto de un contrato de mantenimiento que tiene una duración amplia, puede resultar difícil o imposible, no lo es menos que el órgano de contratación debe incluir en los Pliegos el número máximo de aparatos que deberán ser objeto del contrato y si no puede determinarse, el porcentaje de aumento previsible y que el adjudicatario deberá asumir sin modificación del contrato y que determinará el precio del mismo, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 87 del TRLCSP»*.

Es decir, en este caso existe una indeterminación en el objeto, que, de suyo conlleva que se desconozca la estimación del importe de esta parte del contrato, lo que determina que los licitadores carezcan de la información necesaria para poder formular correctamente su oferta, por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

lo que procede estimar este motivo del recurso, por vulneración artículo 87 del TRLCSP.

Y tal conclusión cabe extraer igualmente en el presente caso; si bien es cierto que no es posible atender la pretensión de la recurrente de conocer la edad de todos y cada uno de los árboles (a fin de elaborar el plan de poda anual), en virtud de los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como de transparencia y del ya comentado de equivalencia de las prestaciones, ante supuestos de muy difícil o imposible previsión de determinadas prestaciones como los analizadas, a diferencia del supuesto de reparación por daños en el mobiliario urbano a causa de actos vandálicos en el que se fija una cantidad máxima anual de la que responder.

Por otra parte, tal y como ya se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto, la información de que disponía el órgano de contratación (explicitada en la cláusula 7ª del PPT) era más de la que se ha hecho pública a través del perfil de contratante, y toda ella –en virtud de los principios de igualdad de trato y no discriminación así como de transparencia– debiera haberse incluido además en el mismo para dejar, entonces sí, en lo que no abarcase el conjunto de todos esos datos, como último recurso, la visita e inspección de los lugares donde se vaya a desarrollar el objeto del contrato.

Por tanto, tampoco puede atenderse el argumento del órgano de contratación consistente en que el licitador interesado haya de inspeccionar los elementos sobre los que se debe prestar el servicio licitado, como medio alternativo a la información a suministrar, cuando –como ya se ha puesto de manifiesto– no se ha facilitado toda la información disponible y tal visita no puede sanar la obligación que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pesa sobre el órgano de contratación en virtud del artículo 158 del TRLCSP, y ello en aplicación de los principios de transparencia y de igualdad de trato.

Por consiguiente, este motivo del recurso debe ser también acogido.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por don J.M.H.A, en nombre y representación de ASEJA, frente a la licitación del contrato denominado «Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud, y declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnica, de acuerdo con los términos que se recogen en la parte expositiva del presente acuerdo.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 16/2018, de fecha 1 de junio de 2018, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Calatayud deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49 del TRLCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.