



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en sesión de fecha 27 de marzo de 2018, con la intervención de su Presidenta, D^a. Esperanza Ríos Marín, su Vocal, D^a. Paula Bardavío Domínguez, y su Vocal D. Sergio Javier Ibarz Bosqued, que actúa además como Secretario, adoptó el Acuerdo 15/2018, cuyo contenido literal es el siguiente:

«RE 5/2018

Acuerdo 15/2018, de 27 de marzo 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 «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza (sector I)», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo de 13 de diciembre de 2017, el Gobierno de Zaragoza acordó aprobar el expediente de contratación relativo al procedimiento de adjudicación del contrato de «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza (sector I)», convocado por el Ayuntamiento de Zaragoza. Se trata de un contrato mixto, con el código CPV 77311000-3: Servicios de mantenimiento de jardines y parques, licitado mediante tramitación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

urgente, por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 90.366.752,11 euros, IVA excluido.

El día 20 de diciembre de 2017, se envía el anuncio de licitación al DOUE, publicándose el anuncio, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Perfil del Contratante, el día 22 de diciembre de 2017. En el BOE el anuncio es publicado con fecha 30 de diciembre de 2017 y en el BOA el día 3 de enero de 2018, siendo la fecha límite para la presentación de ofertas el día 5 de febrero de 2018.

Con fecha 3 de enero de 2018, se publica en el Perfil del Contratante anuncio de rectificación, llevándose a cabo así mismo la publicación de la mencionada rectificación mediante anuncios publicados en el DOUE, el día 5 de enero de 2018 y en el BOE el día 18 de enero de 2018.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de enero de 2018, por parte de don J.M.H.A, en nombre y representación de, 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 Específicas (en adelante, PCAPE) y Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), que han de regir el contrato de «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza (sector I)», cumpliendo así 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).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

El extenso escrito de recurso alega, en síntesis, y fundamenta, a los efectos de este Acuerdo, lo siguiente:

1.- Incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE sobre la división del contrato en lotes, o en su caso, la falta de justificación de la necesidad de su indivisión. Dentro de En este primer motivo refiere además los tres siguientes:

- a) La obligación de suministrar los aspersores de riego a cargo de la empresa no se encuentra retribuida.
- b) Inexistencia de inventario y obligación de realizarlo por el contratista sin retribución alguna por dicho concepto.
- c) Exigencia de Prestaciones de servicios distintos al objeto del contrato denominadas asistencias técnicas, cuya retribución se incluye en el concepto de precio, sin determinar su número, contenido y alcance.

2.- La redacción dada al apartado 10 de la documentación a incluir en el sobre 2 del PCAPE «vehículos, maquinaria y medios auxiliares» no permite una correcta y homogénea valoración de las ofertas.

3.- Respecto del apartado 12 del PCAPE relativo al «Plan de Organización del Servicio», se indica que este criterio de valoración no respeta la proporcionalidad entre la puntuación que otorga y el valor económico de cada programa.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

4.- En el punto 1.5 «Plan de medidas concretas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar» incluido como criterio de valoración en el apartado 12 disposición 1 del PCAPE, se argumenta que dicho criterio de valoración, no está suficientemente definido para permitir a los licitadores estimar y redactar un plan adecuado a las necesidades del contrato.

5.- La disposición 1 apartado 12 del PCAPE «creación de bolsa de empleo» no está suficientemente definida ni se considera que esté vinculada al objeto del contrato.

6.- En la disposición 2 apartado 12 del PCAPE relativa al «Precio ofertado en los apartados de conservación y limpieza del presupuesto anual hasta un máximo de 28 puntos», manifiesta error en la fórmula recogida en la citada cláusula.

7.- En cuanto a la disposición 2 del apartado 12 del PCAPE, «Disminución ofertada en % de descuento», señala que no se tienen en cuenta la variedad de los suministros para el mantenimiento de las zonas verdes.

8.- En la disposición 2 apartado 12 del PCAPE relativa al «Compromiso de integrar la plantilla con personal del contrato indefinido», se sostiene que no queda debidamente explicado y definido, y no está vinculado al objeto del contrato.

9.- En la disposición 2 apartado 12 del PCAPE relativo a la «Cubrición del alcorque/platabanda, con pavimento filtrante», se afirma que en la fórmula establecida figura una contradicción.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

10.- En el apartado 16 del PCAPE relativo a las «Condiciones especiales de ejecución», se considera que no quedan justificadas.

11.- En cuanto a la disposición 1 del apartado 16 relativa a las «Cláusulas sociales de género», manifiestan que la aplicación de éstas pueda resultar discriminatorias.

12.- En cuanto a la disposición 3.1 del apartado 16 del PCAPE relativa a la «Condición especial de ejecución referente a la suspensión o extinción de los contratos», se entiende que es contraria a derecho.

13.- En lo que respecta a la disposición 3.1 del apartado 16 del PCAPE, dedicada a «Condición especial de ejecución relativa a la no minoración de las condiciones de trabajo», entiende la recurrente que tal prohibición es ilegal.

14.- El apartado 17 del PCAPE titulado «Modificación», supone la posibilidad de modificar sustancialmente el contrato, de forma ilegal, según su criterio.

15.- En la disposición 1 del apartado 20 del PCAPE dedicada a «Pago del servicio», existe una indeterminación en la prestación a realizar.

16.- En el punto 24 del PCAPE dedicado a «Penalidades», éstas son muy genéricas, indeterminadas y desproporcionadas.

17.- En la disposición g) del apartado 25 del PCAPE titulado «Causas de resolución», figuran causas contrarias a derecho.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

18.- En el punto 2.5 del apartado 12 del PCAPE y Anexo I dedicado al modelo de proposición, se considera necesaria aclaración sobre las mejoras 1, 2 y 3.

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso y se dicte resolución por la que se anulen los pliegos que rigen la contratación.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Zaragoza remite mediante correo electrónico con fecha 19 de enero de 2018 el expediente administrativo junto con los informes (informe del Área de Servicios Públicos e informe del Servicio de Contratación) a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, y el día 23 de enero de 2018, se presenta la mencionada documentación en soporte papel, en el registro general del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

QUINTO.- Por Resolución 2/2018, de 22 de enero de 2018, de la Presidenta 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 concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados»*.

Dado que al procedimiento de licitación no había concurrido, hasta la fecha de presentación del recurso, ningún licitador y que posteriormente, fue remitido por el Ayuntamiento de Zaragoza, Decreto



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del Sr. Consejero Servicios Públicos y Personal de fecha 31 de enero de 2018, por el que se suspendió el plazo de presentación de ofertas del procedimiento de licitación que nos ocupa, junto con el acuerdo del Gobierno de Zaragoza de 5 de febrero de 2018, por el que se ratifica el Decreto mencionado, y se informa a este Tribunal que no han concurrido empresas a la licitación, no ha existido trámite de alegaciones.

SEXTO.- Por otra parte, con fecha 19 de enero de 2018, se solicita por parte de don J.L.MC., en representación del COMITÉ DE EMPRESA FCC PARQUES Y JARDINES DE ZARAGOZA, de don P. A. C., en representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ARAGÓN y de doña A. B. M. M., en representación del SINDICATO DE COOPERACIÓN SINDICAL, el reconocimiento como interesados en el presente procedimiento y que se proceda a emplazar a dichas entidades para formular alegaciones.

Con fecha de 30 de enero de 2018, se procede por el Tribunal a requerir a los mencionados la subsanación de determinados aspectos formales, así como la acreditación de su condición de interesados en el presente procedimiento.

Con fecha 1 de febrero de 2018, se presenta por los representantes antedichos en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la documentación requerida donde se subsanan los defectos formales del primer escrito presentado y justifican su condición de interesados respecto a determinadas cláusulas del PPT y PCAPE. A juicio de este Tribunal queda acreditada la condición de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

interesados en el procedimiento por lo que se les concede trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP, el cual fue evacuado con fecha de 15 de febrero de 2018 mediante escrito de alegaciones según el detalle que obra en el actuado.

SÉPTIMO.- Con fechas de 1, 19 y 21 de marzo de 2018, tiene entrada en el Registro General del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la documentación relativa al expediente que nos ocupa aportada por el Ayuntamiento de Zaragoza que había sido requerida por este Tribunal.

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 nos encontramos ante 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 diciembre de 2017 en el Diario Oficial de la Unión Europea), al amparo de la Disposición transitoria primera, apartado primero de la citada LCSP, se registrará por la normativa anterior, y por tanto le resulta de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aplicación el TRLCSP (así como la Ley aragonesa LMMCSPA, la Directiva 2014/24/UE y restantes disposiciones de desarrollo).

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 la Disposición transitoria primera, apartado cuarto de la citada LCSP.

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 esta 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».

Y, por lo que respecta a los alegantes siguiendo lo indicado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, procede en este punto traer a colación las sentencias del Tribunal Constitucional número 210/94, 257/88, 106/96, entre otras, las cuales, en síntesis afirman que *«(...)la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que corresponde a los Sindicatos, no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, por lo que, en cada caso en que el sindicato ejercite acciones, se exige un vínculo o*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

conexión entre el propio Sindicato y la pretensión ejercitada. Y ese vínculo no puede ser otro que un interés en sentido propio, específico y cualificado» y así ha quedado constatado en el expediente que nos ocupa.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato mixto (en las páginas 11, 197 y 245 del expediente remitido se señalan las prestaciones que concurren en este contrato, así como su cuantificación), y que, por aplicación del artículo 12 del TRLCSP se atiende a las normas del contrato de servicios, estando sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40. 2. a) del TRLCSP y el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y el recurso se plantea en tiempo y forma, presentado la recurrente con carácter previo a la interposición del recurso el anuncio previo a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP.

SEGUNDO.- La recurrente alega como primer motivo del recurso el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, sobre la división del contrato en lotes, o en su caso, la necesidad de justificar su indivisión.

El informe del órgano de contratación trae a colación la resolución del TACRC 298/2017, de 24 de marzo, que señala que la división en lotes de un contrato no es obligatoria, si bien, de conformidad con el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE, corresponde a los poderes adjudicadores indicar las razones por las cuales han decidido no



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

subdividir en lotes, manifestando que *«dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84»*.

En el presente caso, la preceptiva motivación de la decisión de no dividir en lotes se encuentra en la memoria justificativa del contrato de 22 de noviembre de 2017 (página 9 del expediente aportado) donde al respecto, se indica expresamente: *«Dadas las características del servicio contratado, la división en lotes sólo puede realizarse en condiciones de racionalidad y eficiencia en términos de división territorial. En este sentido el servicio ya se encuentra actualmente dividido en tres lotes, correspondientes a los sectores I y II y al del Parque del Agua. Cada una de las zonas tiene un contratista diferente. Por ello, se entiende que la división en lotes, que es un criterio general de acuerdo al artículo 46 de la Directiva 2014/24, ya se ha producido. En cualquier caso, y por lo que se refiere a la eventual división del sector I en varios menores, hemos de remitirnos a lo manifestado por el Consejero de Servicios Públicos y Personal en su escrito de 27 de junio de 2017, que se adjunta como Anexo I, y que constituye justificación de la decisión de no dividir el sector...»*.

En dicho documento se justifica que el contrato no se divida en lotes en base a que si se fragmenta el contrato en lotes y por tanto la plantilla en varias empresas, se incrementa el riesgo de que se desestabilicen las relaciones laborales incrementándose el riesgo de que no haya una adecuada ejecución del contrato; además, se indica que como la ejecución del contrato exige la adquisición de vehículos, si hubiera varios contratistas se incrementarían los costes de amortización;



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

asimismo, la falta de un sistema informático de gestión de la información en el Servicio de Parques y Jardines dificultaría el manejo de información y obligaría a una coordinación que podría no resultar sencilla.

Estos argumentos son también expuestos en el informe emitido por el Área de Servicios Públicos de 18 de enero del ejercicio corriente y en el informe emitido por el Servicio de Contratación de 19 de enero de 2018, informes, que, al ser plenamente coincidentes, por economía procedimental la referencia a los mismos en adelante se hará al informe emitido por el órgano de contratación.

Este Tribunal siguiendo el criterio sentado entre otros, en los Acuerdos 60/2015, de 15 de mayo 18/2016, de 26 de febrero y 7/2018, de 13 de febrero, según el cual la división en lotes no es una regla absoluta siendo admisible la indivisión si se motiva adecuadamente, y dado que ha quedado constatado que la indivisión fue motivada en los informes obrantes en el expediente administrativo y de forma suficientemente razonada, se considera que no se ha restringido la competencia y se ha obrado conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE.

Por lo expuesto se desestima este motivo del recurso.

TERCERO.- Otro motivo del recurso se refiere a la obligación de suministrar los aspersores de riego a cargo de la empresa adjudicataria sin la correlativa retribución, indicando que la cláusula 20.1.2 del PCAPE y la 1.7.2 del PPT contravienen el ordenamiento jurídico, pues el PPT no contiene un número estimado mínimo ni máximo de aspersores lo que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

hace que se configure una obligación gratuita a cargo de la empresa, sin coste para el Ayuntamiento, constituyendo una indeterminación del objeto del Pliego así como un enriquecimiento injusto para la Administración.

En la cláusula 20.1.2 del PCAPE se regula el pago del servicio, en cuanto a la valoración por suministros señala la mencionada cláusula que *«la modalidad pago por valoración de suministros engloba las adquisiciones de material y trabajos recogidos en el capítulo 04 del presupuesto del Anejo 10.»*. Del examen de éste último documento se observa que no existe referencia alguna al concepto de aspersores.

A su vez, la cláusula 2.2.1 del PPT regula las especificaciones técnicas del programa de gestión de la instalación de riego e hidrantes, incluyendo un listado no exhaustivo de sistemas de hidráulicos y mecánicos (excluyendo expresamente de este servicio determinados aspectos) e indicando que *«todos los trabajos de gestión, mantenimiento y control de los sistemas están incluidos en el importe denominado precio en concepto de importe a pagar (conservación y limpieza)»*, señalando, por lo que aquí interesa, que *«la reposición de aspersores se entiende incluida en el precio y a costa del contratista, con independencia de si la causa es acto vandálico o no»*.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe explica que *«existen ciertos conceptos como gastos por instalaciones, personal técnico y directivo, encargados, trabajos para el inventario digitalizado, adquisición y mantenimiento del sistema informático, gastos generales, estimaciones de reparaciones en aspersores y difusores, entre otros...que al afectar de forma general a la ejecución de diversas*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

partidas ha hecho necesario repartir el coste considerado para ellas». Manifiesta, el órgano de contratación, que *«no se trata, por tanto, que el presupuesto no contemple dichos costes como alega el demandante, sino que los mismos se han prorrateado entre las diferentes partidas que componen el presupuesto, que, de no contemplar dichos conceptos serían de importe menor al indicado».* Además, se argumenta en el informe que en cuanto a las actuaciones que por sus características sean asimilables a un contrato de obras se les aplica los porcentajes correspondientes al trece por cien de gastos generales y al seis por cien de beneficio industrial, por lo que se considera que no existe duplicidad o confusión en los pliegos sobre la manera de certificar los distintos trabajos.

Incluso en el informe complementario obrante en el expediente administrativo relativo a la calificación del contrato (página 245 del expediente remitido) cuando se desglosa el objeto del contrato desde el punto de vista económico, y se califica de mixto, (existen componentes de obras, de servicios y de suministro) se indica que el componente de servicios es el de mayor cuantía, y se detalla expresamente, que en el presupuesto por contrata aparece aparte la *«valoración por suministro»* para evitar que a este importe se apliquen los porcentajes correspondientes a los gastos generales y beneficio industrial.

A juicio de este Tribunal, el órgano de contratación debe realizar las actuaciones necesarias para obtener una correcta estimación del importe del contrato tal y como establece el artículo 87 del TRLCSP, cuando señala *«en los contratos del sector público, la retribución del*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros... 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... ».

Del examen del expediente resulta cierto que no figura el detalle del número de los aspersores ni su ubicación en el inventario incluido en el Anexo I. Incluso en la cláusula 2.2.1.1- Inventario del PPT señala expresamente «*la empresa adjudicataria deberá realizar el inventario de los elementos que conforman los sistemas de riego – aspersores y arquetas- en un plazo de 6 meses en los términos que solicite el Servicio Municipal*».

A mayor abundamiento, la cláusula 2.2.1 del PPT establece la obligación del adjudicatario de reponer aspersores estando incluida dicha reposición en el precio y por tanto, a costa del contratista, con independencia de si la causa que origine la reposición sea un acto vandálico o no.

Entiende este Tribunal que conocer el dato relativo al número de aspersores existentes es un dato esencial que debe ser conocido por los licitadores para poder hacer la oferta, teniendo en cuenta que la duración del contrato es de cuatro años (con posibilidad de prórroga de hasta dos años más), y la obligación de reposición que debe asumir el adjudicatario del contrato.

Este Tribunal ya mantuvo en su Acuerdo 44/2012, que el artículo 86 TRLCSP dispone que los contratos deben tener un objeto determinado, y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

se explicaba en dicho Acuerdo que el objeto del contrato es un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, donde la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia.

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

Aunque la estimación de este motivo de recurso haría innecesario este análisis —pues del mismo se deriva la nulidad de la licitación—, este Tribunal considera necesario, en aras al principio de congruencia y de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre el resto de los motivos del recurso.

CUARTO.- Otro motivo en el que se fundamenta el recurso es la disconformidad a derecho de la cláusula 1.6.4 del PPT ya que pone de manifiesto que no existe inventario previo y que se crea una obligación para el contratista de realizarlo sin retribución alguna por dicho concepto.

A este respecto, el órgano de contratación manifiesta con rotundidad que este motivo alegado es *«falso»*, pues en el Anejo I del PPT figura detallado el inventario actual, estableciéndose en la cláusula 1.6.4 del PPT, que, *«en aras de una gestión informatizada unificada en las zonas verdes de Zaragoza y una mayor eficiencia, la empresa adjudicataria asumirá la creación y carga del inventario en el entorno web...»*. Se trata por tanto de una prestación, según argumenta el órgano de contratación, indudablemente relacionada con la prestación principal, que tiene por objeto mejorar los datos y la funcionalidad del actual inventario mediante los avances tecnológicos.

Efectivamente, este Tribunal comprueba que se incorporan como dato de partida para que el adjudicatario realice el inventario, unos listados en hoja de cálculo, en el Anejo I del PPT. Sin embargo, en el citado listado no figuran los aspersores y las arquetas, tal y como se ha indicado anteriormente, cuando la cláusula 2.2.1.1 del PPT señala que: *«la empresa adjudicataria deberá realizar el inventario de los elementos que conforman los sistemas de riego -aspersores y arquetas- en un plazo de 6 meses en los términos y con los datos que solicite el Servicio Municipal»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por tanto, cierto es que frente a lo que sostiene el recurrente, el Anejo I es conocido por los licitadores que estén interesados en presentarse a la licitación, y se toma como base para la obligación del adjudicatario de realizar el inventario, en los términos que se detallan en la cláusula 1.6.4 y demás cláusulas del PPT referidas al inventario.

Sin embargo, de la lectura de la cláusula 1.6.4 del PPT se comprueba sobre esta cuestión que *«la realización de los trabajos descritos en los apartados del presente Pliego referentes al Inventario y gestión del Servicio y los costos de cualquier tipo asociados a ellos está incluida en el canon de conservación que se abonará en la modalidad de precio en concepto de importe a pagar (precio)»*.

A ello se suma que la cláusula 7 del PPT, establece la obligación del adjudicatario *«y a su costa la revisión del inventario georreferenciado y pormenorizado de todos los espacios objetos del contrato, así como aquellos que se modifiquen o se incorporen o detraigan al mismo por actuaciones de cualquier origen.»*

Según la cláusula 20 del PCAPE, se indican tres modalidades de abono del precio del contrato, que resultan de los informes obrantes en el actuado relativos al valor estimado del contrato, (páginas, 17, 197, 413) donde se recogen las cantidades para cada una de las modalidades presupuestadas, sin que se detalle de la documentación obrante en el actuado el gasto a que asciende la confección y actualización del inventario.

Además en la mencionada cláusula 20 del PCAPE se establece que el pago de los trabajos en la modalidad de conservación y limpieza, se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

abonará mediante facturas mensuales equivalentes a la doceava parte del importe destinado a tal efecto, según el detalle que allí se indica, desglosando dos cuentas diferenciadas, una, para el precio de conservación y otra para la limpieza, sin referir ninguna especialidad para el abono de los trabajos de confección del inventario, si no lo que anteriormente se ha indicado. Además, la empresa adjudicataria dispone de 6 meses para realizar el inventario y posteriormente realizar su actualización en los términos que señala el PPT, en el que se recoge el abono de los trabajos realizados en la cláusula 1.7, con las modalidades indicadas.

Es decir, que, según los pliegos, una vez que comienza la ejecución del contrato y transcurrido un mes, 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, según algunas cláusulas del PPT (1.6.4 y 7 *in fine*) debe realizarlo a su costa. Por otra parte, en la cláusula 20 del PCAPE, que regula el pago del servicio no figura una distinción por este concepto.

Consecuencia de ello es que la prestación no está cuantificada, por lo que llegado el caso no se podría aplicar la citada cláusula 20 del PCAPE cuando regula el supuesto de que *«al importe de las facturas se descontará -si procede- el correspondiente a los servicios que no hayan sido efectivamente prestados según la oferta adjudicataria...»*, todo ello en base a lo establecido en 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,*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho», pues como se viene reiterado se desconoce el quantum de dicha prestación.

Por otra parte, en la cláusula 6 del PCAPE 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 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. No obstante, el pliego dice que dicho precio indefinido está prorrateado a lo largo de toda la duración del contrato, cuando sin embargo, los trabajos de confección del inventario deben estar realizados a los seis meses del inicio de la ejecución del contrato, por lo que resulta obvio que el abono de los 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 cobre por los trabajos realizados.

Sobre esta cuestión de la concreción del objeto del contrato y el precio, se ha pronunciado la Resolución 237/2015, de 7 de julio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la que se refiere: *«La exigencia de que el cálculo del valor de las*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 entiende la existencia de un documento denominado “inventario” inicial (incompleto, pues no registra los aspersores y arquetas), que según los términos del PPT se toma como base para la elaboración 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, la cual, además se considera trascendental en los pliegos, dado que el incumplimiento del plazo de entrega del inventario se penaliza con un 5% del importe de las certificaciones, manteniéndose hasta la entrega del mismo (cláusula 24 del PCAPE).

En conclusión, existe, según el 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 en los términos 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, procede estimar este motivo de recurso.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

QUINTO.- Se alega en el escrito del recurso que hay previstas prestaciones de servicios distintos al objeto del contrato, denominadas «asistencias técnicas» y cuya retribución se incluye dentro del precio, que están sin determinar en cuanto a su número, contenido y alcance, lo que deja al criterio unilateral de la Administración su determinación.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que, en la cláusula 1 del PCAPE dedicada al objeto del contrato, señala que *«dentro de las tareas propias del objeto del contrato se encuentran las de conservación, limpieza, suministro de los materiales necesarios para la prestación del servicio y actuaciones (obras)»*.

Por otra parte, en la cláusula 2.2.1.5 del PPT titulada «Asistencia técnica» refiere que: *«Los Servicios Técnicos Municipales podrán requerir puntualmente a la empresa adjudicataria la colaboración mediante una asistencia técnica a cargo del concepto precio, de realización de estudios encaminados a una optimización de los recursos y del funcionamiento de los sistemas, así como para la modernización de las instalaciones»*.

El PPT indica que el carácter de estas prestaciones será puntual, si bien no se concreta nada más, ya que en la cláusula 6 del PPT dedicada a la organización técnica del adjudicatario, como única referencia figura que la empresa adjudicataria designará como responsable del contrato un titulado superior al que corresponderá aportar los informes y cuantos documentos sean requeridos (contando además con el apoyo de 4 titulados de grado medio).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

A su vez, la cláusula 1.7 del PPT, y 20 del PCAPE están dedicadas al abono de los trabajos realizados sin que se haga mención expresa al concepto de las "asistencias técnicas". A este respecto, el órgano de contratación manifiesta que dichos trabajos deben realizarse por el personal técnico asignado al contrato (se estiman 6 personas como mínimo en pliegos como personal técnico, sin embargo, en la cláusula 6.1 del PPT son 5) y que han sido valorados y prorrateados junto a otros conceptos, entre las distintas unidades del presupuesto, unidades que serían de un importe menor de no ir prorrateados esos conceptos.

Procede en este motivo tomar como referencia los argumentos que ha expuesto este Tribunal en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de este Acuerdo, y que aquí se dan por reproducidos en aras de la brevedad, así como la resolución 344/2017, de 21 de abril de 2017, del TACRC y el Acuerdo de este Tribunal 84/2015, de 10 de agosto de 2015, donde se señala *«Esta 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.»*

En base a todo lo antedicho, este Tribunal entiende que, efectivamente, la redacción de la cláusula 2.2.1.5 del PPT contiene una indefinición de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 procede estimar este motivo del recurso.

SEXTO.- Otro motivo alegado por la recurrente es que la redacción dada a la cláusula 10 del PCAPE dedicada a la documentación a incluir en el Sobre "2" (propuesta sujeta a evaluación previa por criterios de valoración mediante juicio de valor), en el concreto apartado de «vehículos, maquinaria y medios auxiliares», no permite una correcta y homogénea valoración de las ofertas, ya que no se identifican qué documentos son los que justifican las emisiones y ruido. En definitiva, el recurrente impugna la falta de determinación de los concretos documentos o certificados que han de aportarse para su evaluación equitativa para todas las empresas (*«certificado del fabricante, fichas técnicas de vehículos, emisiones del vehículo o del motor, etc.»*)

El órgano de contratación señala que la redacción dada en el apartado 10 del PCAPE es correcta debido a que es de obligado cumplimiento la normativa aplicable a cualquier vehículo, esto es, la Directiva 2007/46/CE de 5 de septiembre, el Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre y el Real Decreto 212/2002, de 22 de febrero, y en cuanto a la maquinaria, su regulación viene dada por el Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Continúa el órgano señalando que en el caso de las máquinas denominadas de uso al aire libre su regulación está establecida en el Real Decreto 212/2002, de 22 de febrero.

De tal forma, que, según concluye el órgano de contratación, *«queda claro que el proceso de homologación de vehículos y maquinaria para justificar los parámetros de vehículos, maquinaria y medios auxiliares entre los que se encuentra el ruido y la emisión de CO2 vienen determinados por normativa de obligado cumplimiento por lo que no existe, a nuestro juicio, posibilidad de presentar justificantes varios, incluso no homologados, como indica el denunciante»*.

Este Tribunal considera que, si la documentación que deben aportar los licitadores para acreditar estos subcriterios de valoración (emisiones CO2 y ruido), como dice el órgano de contratación, está tasada por la normativa aplicable, entonces el pliego debe identificar dicha documentación para no generar dudas o confusión en los licitadores para la preparación de sus ofertas.

En este caso, tal configuración tasada de la documentación supondría que los mencionados subcriterios de valoración referidos no constituirían un criterio de valoración sujeto a juicio de valor, sino un criterio sujeto a evaluación posterior o automático, que únicamente requiere la aplicación de una fórmula matemática, puesto que no habría nada que valorar discrecionalmente. Caso de no estar tasados tales documentos, y quedar a la voluntad de los licitadores la elección de los documentos justificativos a aportar, y a valorar por el órgano de contratación (puesto que es un criterio sujeto a juicio de valor) el pliego debería concretar en qué va a basar la valoración, so pena de generar



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

inseguridad jurídica, y quebrar el principio de igualdad, transparencia y libre concurrencia. Ambas interpretaciones, por tanto, determinan la anulabilidad de la cláusula tal y como está redactada.

En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 10/2017, de 13 de julio de 2017, indica que *«este principio (el de igualdad) descrito en el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público implica conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que toda la información necesaria para la buena comprensión del pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlo de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar, efectivamente, que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (Sentencia de 19 de marzo de 2010, Asunto Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-50/05)»*.

Cabe traer también a colación, sobre la cuestión de la exigible definición de los criterios de valoración sujetos a evaluación previa, la Resolución del TACRC 344/2017, de 21 de abril, en cuyo Fundamento de Derecho décimo se afirma que *«a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nº102/2013, 263/2011)».

Y, en cuanto al subcriterio relativo a la eficiencia técnica de la maquinaria, argumenta el órgano de contratación que no existe normativa específica para su medición y que es tarea del licitador explicar en su memoria, como mejor considere, la coherencia entre los equipos de trabajo y la funcionalidad de los mismos, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un criterio sometido a juicio de valor. Por lo que según el órgano de contratación no existiría infracción de la legislación contractual pública con la redacción dada a este subcriterio de adjudicación.

Por lo anterior, se estima en parte el motivo en los términos expresado.

SÉPTIMO.- Se impugna también el apartado 12 del PCAPE que bajo el título «Plan de Organización del Servicio» contiene un criterio de valoración sujeto a juicio de valor, relativo a la calidad y adecuación del citado plan con sus programas de gestión, valorado con un máximo de 34 puntos.

El apartado 12 del PCAPE señala:

«Se otorgará la máxima puntuación en cada programa de gestión a la oferta que demuestre un mayor conocimiento de las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

zonas verdes de Zaragoza, proponga una mejor organización y una mejor y mayor asignación de los medios humanos y materiales para llevar a cabo todas y cada una de las labores que comprende cada programa, valorándose también el incremento de frecuencia en la realización de las tareas sobre las planteadas en el pliego. El resto de las ofertas de manera proporcional

La puntuación asignada a cada uno de los programas que se detallan en la tabla siguiente se distribuirán de acuerdo al siguiente reparto:

Medios humanos: 60%

Medios materiales (maquinaria, vehículos y utillaje): 20%

Organización: 10%

Conocimiento de las zonas verdes de Zaragoza: 10%».

La recurrente manifiesta, tal y como se acaba de señalar, que el criterio no respeta la proporcionalidad entre la puntuación que se otorga y el valor económico de cada programa que se detalla en el Anexo 10 del PPT (denominado presupuesto).

En cuanto a que este criterio no respeta la proporcionalidad entre la puntuación que otorga y el valor económico, según el órgano de contratación, el tema del precio del contrato se valora en otro punto del PCAPE (en concreto, en la cláusula 12.2). Además se indica por dicho órgano que «se pretende una mejor y más adecuada organización y diseño de los programas de actuación, valorándose la calidad del servicio, en concreto, en el PCAPE se puntúa más a los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

programas de gestión con mayor peso en aquellos aspectos que tienen una incidencia en el servicio que recibe el ciudadano atendiendo a criterios de seguridad de uso, salud pública, molestias o afecciones a viviendas o al tráfico, riesgo de accidentes o tipología y cantidad de molestias manifestadas por los receptores del servicio, entre otros».

Es decir, que el órgano de contratación persigue lo establecido en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, pues al encontrarnos en un criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor, se pretende una mejor y más adecuada organización y diseño de los programas de actuación y que se prime la calidad del servicio en los términos establecidos en el PCAPE de tal forma, que el planteamiento esgrimido por la recurrente de la proporcionalidad entre la puntuación que se otorga y el valor económico de cada programa carece de apoyo legal.

Además, otro motivo de oposición frente a la cláusula 12 del PCAPE a juicio de la recurrente, es que *«se deja a la mera valoración subjetiva del órgano de contratación esa mejor adaptación, al no establecer el reparto de los puntos en cada apartado del Plan de Autocontrol de Calidad que se valora, en puntos. Se considera que la puntuación no contempla cómo se valora en puntos, el incremento de frecuencias, ni la organización en la relación de tareas planteadas en los programas de gestión».*

En una contratación pública resulta exigible que los licitadores conozcan de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta, tal y como ya ha venido declarando este Tribunal desde su Acuerdo 1/2011, pues el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

artículo 1 del TRLCSP establece como uno de sus fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. Exigencia que se cumple adecuadamente en el caso analizado.

A este respecto y en cuanto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se ha pronunciado la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del TACRC, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que *«exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática»*.

Ese mismo Tribunal afirma en la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, que *«la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. (...) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica»*.

Pues bien, la cláusula asigna una puntuación a cada uno de los programas (hay 22 programas descritos, que oscilan entre 1 y 5 puntos),



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuya puntuación total suma 34 puntos) y a su vez se distribuye dicha puntuación de cada programa de acuerdo al siguiente reparto: Medios humanos: 60%; Medios materiales (maquinaria, vehículos y utillaje): 20%; Organización: 10%; Conocimiento de las zonas verdes de Zaragoza: 10%.

Es decir, que el grado de detalle con el que se define el pliego cumple sobradamente las exigencias legales antes señaladas, por lo que este criterio de adjudicación es conforme a Derecho por lo que se rechaza este motivo del recurso.

OCTAVO.- Se impugna el punto 1.5 «Plan de medidas concretas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar» incluido como criterio de valoración en el apartado 12 disposición 1 del PCAPE («Al plan de medidas concretas para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, que excedan las tres acciones obligatorias exigidas en la cláusula 16 de este pliego: hasta 2 puntos»), argumentando que no está suficientemente definido para permitir a los licitadores estimar y redactar un plan adecuado a las necesidades del contrato y que además no está vinculado al objeto del contrato como es exigible.

Obra en el expediente administrativo un documento titulado «Justificación de los criterios de valoración elegidos para el contrato relativo al servicio de conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes (sector I)» (folios 23 y siguientes) en el apartado 5, señala lo siguiente:

«5. Plan de conciliación (hasta 2 puntos)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Debe partirse de que, por su propia naturaleza, en el servicio objeto de este contrato, la mano de obra presenta un peso absolutamente preponderante.

En efecto, se trata de un servicio que se materializa esencialmente en la ejecución física de los trabajos por parte del personal, de modo que el factor determinante de la adecuada realización es la capacitación profesional de las personas que ejecutan las tareas, sin que los medios materiales aporten especiales complejidades tecnológicas ni soluciones innovadoras. Así se acredita desde el punto de vista cuantitativo a la vista del presupuesto del contrato, en el que la partida de mano de obra es abrumadoramente preponderante.

Por ello, resulta indudable que unas mejores condiciones de trabajo de la plantilla adscrita al servicio han de reportar una mejor calidad en éste. En particular, las mejoras relativas a la conciliación de la vida familiar y laboral redundarán en una mayor motivación y mejor disposición del personal, con una mejora del rendimiento.

En este sentido, conviene recordar que, al existir ya una obligación de implantar al menos tres medidas de conciliación, en virtud de decisión municipal plasmada en la instrucción correspondiente que se recoge en el Anexo V del PCAPE, sólo serán objeto de valoración las medidas que el licitador proponga como adicionales a las mencionadas obligatorias».

El órgano de contratación indica que el PCAPE se refiere a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en las cláusulas, 16.1.f), en concordancia con el Anexo V, relativa a las condiciones especiales que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

durante la ejecución del contrato está obligado a cumplir el contratista, en la cláusula 12.1.5, relativa a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y en la cláusula 10 relativa a la documentación a incluir en el Sobre "2" que señala: *«El plan incluirá medidas que favorezcan la conciliación de la vida laboral y familiar, diferenciando claramente las medidas que se implantan en cumplimiento de la condición especial de ejecución a que se refiere la cláusula 16 de este pliego, que no serán objeto de valoración, y las medidas que se proponen adicionales a aquellas, que sí que serán valoradas....Además, las empresas licitadoras podrán presentar medidas adicionales a las anteriores, en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, las cuales sí que serán objeto de valoración, valorándose, especialmente, las facilidades para compaginar el trabajo con el cuidado de menores de 12 años y de personas dependientes».*

El órgano de contratación afirma que de la lectura de las precitadas cláusulas se observa que *«no existe indefinición en las medidas de conciliación adicionales, sino el otorgamiento a los licitadores de libertad para elegir entre todas las acciones de conciliación posibles, aquellas que consideren más convenientes, indicando en todo caso que tipo de medidas serán valoradas especialmente».*

Los alegantes en este motivo argumentan acertadamente que el plan de medidas concretas para favorecer la conciliación se ajusta a derecho porque es parámetro de calidad en la prestación del servicio y se encuentra perfectamente definido, diferenciando claramente las medidas que se implantan en cumplimiento de la condición especial de ejecución a que se refiere la cláusula 16 del PCAPE, que no será objeto



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de valoración y las medidas que se proponen adicionales a aquellas, que sí serán valoradas.

Refieren también los alegantes que el Acuerdo 80/2016 de este Tribunal, de 30 de agosto de 2016, donde se afirma que *«las previsiones cuestionadas por el recurrente -plan de conciliación social- como criterio de adjudicación, no quiebran las reglas expuestas, pues existe una vinculación con la mejor calidad en la prestación del servicio y no se distorsiona indebidamente la competencia al asignar solamente una puntuación de cinco puntos. Es más, se garantiza una mayor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas»*.

Además de lo anterior, este Tribunal comprueba que en el presente caso se atribuye un máximo de 2 puntos sobre un total de 100 puntos, de modo que no resulta desproporcionado.

Y en cuanto a la vinculación de estas medidas con el objeto del contrato, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 16/2016, de 3 de febrero de 2016, manifiesta que *«la promoción de unas condiciones laborales que permitan la conciliación entre la vida laboral y familiar, además de constituir un objetivo estratégico de los poderes políticos en general, redundará en una mejor realización de las funciones por parte de los trabajadores afectados y todo ello tiene una relación directa con la calidad del servicio que se va a prestar»*. También en la reciente resolución 17/2018, de 18 de enero dicho Tribunal se expresa en los mismos términos sobre esta cuestión.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Este Tribunal concluye que el criterio que se está analizando está vinculado al objeto del contrato y suficientemente definido, teniendo en cuenta los argumentos que se han expuesto anteriormente, por lo que es conforme a Derecho.

Por tanto, este Tribunal no estima el motivo alegado en este apartado.

NOVENO. - El quinto "*motivo de denuncia*" que esgrime el escrito de recurso es el relativo al contenido de la disposición 1 apartado 12 del PCAPE, que viene a establecer como criterio de valoración dependiente de juicio de valor la «*creación de una bolsa de empleo*».

A juicio del recurrente no está suficientemente definido como para permitir a los licitadores crear una bolsa de empleo adecuada a las necesidades del contrato y además no está vinculado al objeto del contrato.

La cláusula en concreto señala «*1.6.- A la creación de una bolsa de empleo en la que se baremen los méritos académicos y profesionales, teniendo en cuenta estudios y formación y la experiencia profesional en el mantenimiento de zonas verdes y del campo de la jardinería. El objetivo de esta bolsa es garantizar que las contrataciones se realizan aproximándose a los principios de igualdad, mérito y capacidad y siguiendo unos criterios que sean conocidos para evitar discriminaciones arbitrarias (hasta 2 puntos)*».

Sobre este motivo el órgano de contratación opone en su informe, y este Tribunal comparte el criterio, que los criterios para seleccionar a los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

trabajadores que han de formar la bolsa de empleo resultan «claros y suficientemente definidos» pues se bareman, méritos académicos (estudios y formación relacionada con el mantenimiento de zonas verdes y jardinería) y méritos profesionales (experiencia en trabajos de mantenimiento de zonas verdes y jardinería), siendo evidente que «la selección de aquellos trabajadores que acrediten mayor formación y experiencia específica en las materias que constituyen el objeto contractual, es criterio directamente vinculado con el objeto del contrato, redundando en una mayor calidad de los servicios a realizar».

Efectivamente, en el presente contrato en el que el componente esencial viene dado por la mano de obra, se entiende que la cláusula recurrida es conforme a derecho pues está relacionada con el objeto del contrato, tal y como establece el artículo 150 del TRLCSP y tiene una repercusión indudable en la calidad del servicio, todo ello de acuerdo con el Considerando 37 y el artículo 67 de la Directiva 2014/24 y con lo expresado en el Fundamento de Derecho Noveno. Por lo que se desestima este motivo de recurso.

DÉCIMO.- El siguiente motivo que la recurrente aduce, como fundamento del recurso, es la disconformidad a Derecho de la fórmula elegida para la ponderación del criterio precio, en aras de la determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Considera la recurrente que la fórmula es errónea, ya que no permite seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, puesto que al introducir el concepto “oferta significativa” (equivalente al 0,98% del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

presupuesto de licitación), da lugar a que únicamente las ofertas con bajas superiores al 2% obtengan la mayor puntuación.

Añade que dicho criterio, junto con su baremación, ha de ponerse en relación con el umbral fijado en el PCAPE (cláusula 13), al objeto de determinar la temeridad o desproporción de las ofertas.

Cabe remitirse en este punto, a propósito de la consideración de la oferta económicamente más ventajosa y de su determinación a través del criterio precio, a la argumentación ofrecida y a la jurisprudencia comunitaria invocada en los Acuerdos de este Tribunal 20/2015 y 94/2015, de 9 de febrero y 26 de octubre, respectivamente, que, por razones de economía procedimental, se dan por reproducidas en el presente Acuerdo.

Así, 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 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*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desproporcionados»; circunstancia que no concurre en este 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 PCAPE (cláusula 12.2.1) es la que sigue:

$$\text{PUNTOS}=28*((\text{Plic} - \text{O}_i)/(\text{máx}[(\text{Plic} - \text{Oferta min}), (\text{Plic} - \text{Psig})])$$

Siendo:

Plic= Presupuesto de licitación

Psig=Oferta significativa 0,98*Presupuesto de licitación

O_i= oferta del licitador i

O_{min}= Oferta mínima entre los licitadores.

máx[(Plic - Oferta min), ((Plic - Psig))]=máximo valor entre (Plic - Oferta min) y (Plic - Psig)

Su aspecto más reseñable es la introducción –para el denominador– de una alternativa entre las magnitudes denominadas “Plic - Oferta min” y “Plic - Psig”, a aplicar –de entre las dos– la que resulte de mayor valor. De esta manera, se está prefijando la baja significativa del 2% sobre el tipo de licitación.

Al respecto, no puede compartir este Tribunal la tesis de la recurrente, pues la fórmula matemática elegida muestra efectiva capacidad para discriminar las eventuales ofertas económicas, toda vez que, tal y como sostiene el órgano de contratación, se trata de una fórmula de «proporcionalidad corregida», que es una de las expresamente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

analizadas en el anexo al Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el cual, además de advenir su utilización, 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 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, desde el momento en que, no sólo se atiende al contenido del meritado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino que, además, según se postula en el mismo, posibilita la asignación de la máxima puntuación en aplicación del criterio precio a la oferta más baja, así como de ningún punto a la oferta que se quede en el tipo de licitación, con independencia de que la eventual baja sea inferior, igual o superior al 2%.

Por ello, resulta claro que la cláusula 12.2.1 del PCAPE se adecúa a lo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

establecido en los artículos 1 y 150 del TRLCSP, dado que la fórmula elegida es idónea para escoger la oferta económicamente más ventajosa, por más que en su cláusula 13 del PCAPE se haya fijado un umbral de temeridad o desproporción de las ofertas pues, como es bien sabido, esta cuestión 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 temeridad o desproporción, circunstancia que, cabe recordar, no comporta, por otra parte, el rechazo automático de la proposición.

Por todo ello, esta motivación del recurrente ha de rechazarse igualmente, por cuanto la fórmula de valoración del criterio precio del PCAPE es conforme a Derecho.

UNDÉCIMO.- Como séptimo motivo de oposición al pliego impugnado, la recurrente esgrime que el criterio denominado «Disminución ofertada en % de descuento único en el apartado de valoración por suministro sobre los precios tarifa de las casas comerciales», contenido en la cláusula 12.2.2 del PCAPE –entre los sujetos a evaluación posterior–, no tiene en cuenta la gran variedad de suministros que abarca el mantenimiento de zonas verdes, ni permite discriminar en función del tipo de los mismos.

Considera asimismo la recurrente que, fruto de esa indefinición, se otorga una gran arbitrariedad al órgano de contratación.

Dicha cláusula debe ponerse en relación con otra –la 20.2 del PCAPE– en la que se explican los materiales a suministrar y trabajos a efectuar



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

dentro de la modalidad «Pago por valoración por suministros», la cual se remite nuevamente a las mediciones y unidades contempladas en el presupuesto (Anejo 10). Éste recoge un importe anual estimado para dicho capítulo –materiales y suministros varios– que asciende a 160.000,00 euros, tributos aparte. De su lectura se deduce claramente cuáles son los elementos y conceptos incluidos y cuáles no, dado que quedan excluidos todos los conceptos ya contemplados en el canon de conservación; en total se incluyen cinco partidas descompuestas concretas.

De nuevo no puede acogerse la tesis de la recurrente, pues la redacción de los pliegos da cumplimiento a los principios de transparencia y de no discriminación e igualdad de trato, exigibles por la normativa y jurisprudencia comunitarias, en tanto que permite a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tener la oportunidad de formarse una idea concreta de la prestación a realizar, y de formular, adecuada y consecuentemente, su oferta, en virtud también de su conocimiento del mercado. Y ello por cuanto sí se contemplan y cuantifican en el capítulo 04 del Anejo 10 del PPT, los diferentes tipos de suministros, de acuerdo con criterios de mercado.

La caracterización del criterio de valoración corresponde a la Administración contratante y no a los licitadores, la cual ha decidido, en ejercicio de la potestad discrecional que ostenta al respecto– al objeto de la ponderación del criterio analizado, que ésta se produzca mediante la valoración de un porcentaje único y global de baja



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ofrecido para tales tipos y conceptos delimitados positivamente en dicha cláusula 20.2 del PCAPE.

Además, este criterio es conocido de antemano por cada posible licitador y se ha de aplicar de manera igual a todos los competidores, por tanto carece de efecto discriminatorio, directo o indirecto, y no otorga prevalencia alguna a ninguno de ellos. No se aprecia, en consecuencia, tratándose además de un parámetro de valoración automática, indefinición en los términos de la cláusula 12.2.2 del PCAPE ni que su aplicación entrañe margen de arbitrariedad alguno para la actuación de dicho órgano.

Por tanto, se entiende que la formulación del citado criterio es conforme a Derecho y procede, en consecuencia, rechazar este motivo de recurso.

DUODÉCIMO.- Como «*octavo motivo de denuncia*» el escrito de recurso impugna la disposición 2 apartado 12 del PCAPE que contiene el criterio objetivo de valoración denominado «*compromiso de integrar la plantilla con personal de contrato indefinido*».

En este punto, la objeción de legalidad se basa en que, a juicio de la recurrente, «*el criterio presenta ambigüedad al no quedar debidamente explicado y definido qué características mínimas, en cuanto a dedicación del trabajador, deben presentar los mencionados contratos indefinidos*», considerando además que el mismo no está vinculado con el objeto del contrato. Y en aras a la brevedad, el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recurso se remite, sin más, a lo expuesto en los motivos cuarto y quinto de denuncia del propio escrito.

Tanto el órgano de contratación, en su informe, como los alegantes, señalan que el criterio es ajustado a Derecho porque sí está vinculado al objeto del contrato, dado que la estabilidad laboral aumenta el compromiso y vinculación de los trabajadores con la empresa, en la salud de los trabajadores y en su talento, redundando todo ello en una mejor calidad en el servicio que se contrata, dado que estamos ante la contratación de unas prestaciones en las que el componente de la mano de obra es fundamental. Este Tribunal es partícipe de este parecer, considerando que las condiciones laborales, como se ha señalado ya en el Fundamento Octavo de este acuerdo, repercuten en la calidad con que se presta el servicio, en un contrato como el que nos ocupa.

En un supuesto similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid, resolución nº 206/2016, de 6 de octubre de 2016, recurso 219/2016, confirmando la legalidad de una condición especial de ejecución que exige que un porcentaje de las nuevas contrataciones, sustituciones o bajas sean de carácter indefinido:

«Lo mismo cabe señalar en relación con el criterio de estabilidad en el empleo, contemplado como criterio de valoración y como condición de ejecución, debiendo entenderse en relación con ambos supuestos que se trata de primar la estabilidad de la plantilla en la prestación del servicio, circunstancia que tiene una clara repercusión en la ejecución del contrato y que por otro lado no supone restricción de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

competencia ni discriminación de ciertas empresas. En consecuencia, considerando que los criterios expuestos resultan admisibles, en los términos del artículo 150.1 del TRLCSP, del 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE y de la Jurisprudencia, su inclusión es adecuada a Derecho y el recurso debe desestimarse.»

Por ello, se considera que el criterio analizado guarda relación directa con el objeto del contrato, siendo, por tanto, conforme a Derecho.

En cuanto al razonamiento de que el criterio es ambiguo, por falta de definición de las características mínimas de dedicación que deben tener los contratos indefinidos, a este respecto el órgano de contratación contesta señalando que no existe tal ambigüedad, porque es claro que lo que se valora es la estabilidad del empleo de los trabajadores y la mejora de sus condiciones, primando al licitador que se comprometa con dicho objetivo. Los alegantes señalan por su parte, que no cabe hablar de ambigüedad cuando la cláusula incorpora una fórmula matemática para puntuar automáticamente a los licitadores.

A tales argumentos debe añadirse el hecho de que la mención al contrato de trabajo indefinido no requiere de mayor precisión sobre las características del mismo, frente a lo que considera el recurrente. Y ello porque de acuerdo con el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET), *«el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada»*. Por tanto, el contrato indefinido es una tipología de contrato, que frente a los de duración determinada que tienen un tiempo máximo de duración, no tiene fijado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

un momento concreto de finalización, y no se requiere de una mayor concreción para su comprensión, definición y aplicación.

Por lo expuesto, se rechaza el motivo de impugnación por ser el criterio de valoración analizado conforme a Derecho.

DECIMOTERCERO.- En el noveno motivo del recurso, se afirma la existencia de una contradicción entre la puntuación máxima a otorgar y la fórmula a emplear para la determinación de la misma, por la mejora prevista en la disposición 2 apartado 12 del PCAPE relativo a la «Cubrición del alcorque/platabanda, con pavimento filtrante». La recurrente señala que en la fórmula establecida figura una contradicción, por lo que se solicita una clarificación.

Por parte del órgano de contratación se pone de manifiesto que efectivamente, existe un error «tipográfico» en la fórmula, debiendo señalar como puntuación máxima hasta dos puntos. Se señala asimismo en el informe que se va a proceder a su corrección y a la publicación de la misma en el perfil de contratante. Tratándose por tanto de un error reconocido por el propio órgano de contratación, procederá actuar por el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho, o aritméticos previsto con carácter general, en el artículo 109.2. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y en el artículo 75 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, a fin de lograr la clarificación de la cuestión, tal y como solicita la recurrente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

DECIMOCUARTO.- Como «décimo motivo de denuncia», la recurrente señala que en relación al apartado 16 del PCAPE relativo a las «Condiciones especiales de ejecución» referidas a condiciones sociales de género y empleo, el órgano de contratación no ha justificado como dichas condiciones afectan y repercuten a la buena prestación del servicio. Asimismo, considera que estas condiciones sólo podrán imponerse si no obligan «a cambiar las condiciones laborales de las empresas».

Este motivo alegado, se refiere de forma genérica a las condiciones especiales de ejecución de contenido social, recogidas en la cláusula 16 del PCAPE. La recurrente reconoce que este Tribunal entiende que este tipo de condiciones tienen como objetivo una mejor prestación del servicio, «porque mejorar las condiciones de los trabajadores tiene una relación directa con la calidad del servicio que se va a prestar», aunque considera que no está justificado.

En este caso, tal y como señalan los alegantes, el artículo 118.1 del TRLCSP, contempla expresamente que los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, y podrán referirse a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo...



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En el presente caso, las condiciones especiales de ejecución indicadas en la cláusula 16 del PCAPE, que recogen cláusulas sociales de género y de empleo, tal y como manifiesta el órgano de contratación y al amparo del informe 2/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el apartado dedicado a las condiciones de ejecución del contrato para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el mercado laboral, carecen de efecto discriminatorio alguno, directo o indirecto, ya que habrán de ser observadas igualmente por todos los competidores, y no otorgan prevalencia alguna a ninguno de ellos, y su inclusión se ha realizado dentro de los límites que marca la Directiva 2014/24, en sus Considerandos 37, 39 y en el artículo 18.2. de la citada norma.

Por todo ello, quedan justificadas las mencionadas cláusulas especiales de ejecución y su conformidad a derecho, desestimando por tanto este motivo de recurso.

DECIMOQUINTO.- En el *«undécimo motivo de denuncia»* se impugna la disposición 1 del apartado 16 del PCAPE de las condiciones especiales de ejecución, relativa a las *«Cláusulas sociales de género»*.

En primer lugar, la recurrente señala en su escrito que *«esta regulación exige que todas las nuevas contrataciones sean mujeres y que ese porcentaje sea superior al menos en 5 puntos al porcentaje medio señalado en el último trimestre para el sector de la actividad, supone que, al adoptarse sin un plan de igualdad que lo sustente se está vulnerando la ley al ser una materia a negociar con los sindicatos»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Frente a ello tanto el órgano de contratación como los alegantes defienden la conformidad a Derecho de la citada cláusula, con cita de la normativa aplicable así como la doctrina judicial y administrativa que avala la existencia de condiciones de ejecución contractuales de carácter social en la contratación pública, a la que ya nos hemos referido de forma somera, en el fundamento de derecho anterior de este acuerdo.

En primer lugar, hay que comenzar señalando a la parte recurrente que una denuncia correctamente formulada se tiene que referir necesariamente al precepto o preceptos concretos que resulten vulnerados a su juicio, individualizándolos de modo preciso y determinado, sin que a tales efectos sea válida la cita o mención genérica a una ley. Lo cierto, es que la recurrente no justifica su alegación mínimamente, pues ni siquiera cita cual es «la ley» que se vulnera con la disposición impugnada, hecho que determinaría por sí mismo el rechazo del argumento.

En cualquier caso, admitiendo la denuncia a pesar de lo señalado, hay que poner de manifiesto la errónea interpretación que de la cláusula impugnada se hace en el escrito de recurso, como de forma atinada señalan tanto el órgano de contratación como los interesados personados, dado que en modo alguno se exige en ella, que todas las nuevas contrataciones sean con mujeres, puesto que sólo se exige un porcentaje referenciado a la media de contrataciones de mujeres en el sector.

Por otro lado, cierto es que la regulación laboral actual prevé que la negociación colectiva establezca medidas en favor de la igualdad



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

entre el hombre y la mujer. Así el artículo 17.4 del TRLET, bajo el título «no discriminación en las relaciones laborales» señala que:

«2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

(...)

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate.

5. El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

Asimismo, el artículo 85.1. 2º del mismo texto legal señala:

«Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Asimismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (en adelante, LOI) dispone que:

«Artículo 33. Contratos de las Administraciones Públicas.

Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público»

«Artículo 43. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva.

De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.»

Así pues, siendo cierto que corresponde a la autonomía colectiva la facultad de establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones y los planes de igualdad, hay que tener en cuenta que el párrafo segundo del mencionado artículo 17 del TRLET establece que *«podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente»*, lo que supone una limitación de la regulación de la autonomía colectiva en esta materia, como excepción a la regla general de la coexistencia funcional de ambas fuentes del Derecho del Trabajo (ley-convenio colectivo). Excepción que tiene por objeto otorgar la posibilidad de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

establecer regulaciones que puedan nivelar las oportunidades de empleo, así como por la necesidad de garantizar un tratamiento uniforme de alcance general en esta materia.

Así se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en este marco de las relaciones ley-convenio el Tribunal Constitucional ha precisado que *«la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada, del Derecho necesario establecido por la Ley que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la negociación colectiva.»* (Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia 58/1985 de 30 abril).

Por tanto, el legislador a la hora de regular el contenido de los convenios colectivos, se cuida de recordar la posición del convenio colectivo dentro del sistema de fuentes, de forma que la libertad de contratación deberá encauzarse *«dentro del respeto a las leyes»* (artículo 85.1 TRLET). Es decir, que la libertad contractual de las partes negociadoras de un convenio colectivo, no es absoluta, al encontrarse limitada por otras fuentes reguladoras de la relación laboral.

Todos estos preceptos suponen el reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de igualdad, utilizando como instrumento la contratación pública y, en consecuencia, la habilitación a las Administraciones Públicas para que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

realicen esa política, dentro de los límites y condiciones fijados y la posibilidad de que, dentro de ese marco de mínimos, puedan pactarse libremente otras medidas en la negociación colectiva.

Así, cabe concluir que la condición especial de ejecución examinada en este Fundamento, no puede considerarse que conculque el derecho a la negociación colectiva y, por tanto, resulta conforme a Derecho en este punto.

También argumenta la recurrente para sostener la impugnación de la cláusula analizada que *«esta limitación hace que el criterio de la bolsa de empleo no sea efectivo ya que al limitarse la contratación a un determinado colectivo los criterios de la bolsa ya deben ser discriminatorios»*.

Sin embargo, la bolsa de empleo se formará atendiendo a los criterios que la rigen según el pliego, y a juicio de este Tribunal, la adjudicataria deberá velar y asegurarse de que entre todas las nuevas contrataciones, se cumpla con ese porcentaje mínimo de contratación de mujeres que establece el pliego, procediendo, en su caso, como posibilita el artículo 17.4 del TRLET, esto es, que en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las mujeres, al ser el sexo menos representado en el sector profesional afectado, al menos hasta el porcentaje señalado en la condición especial de ejecución analizada. De tal manera que, en modo alguno, podría considerarse que la consecuencia de esta cláusula sea que la bolsa de empleo se forme con criterios discriminatorios.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En cualquier caso, la compatibilidad entre la condición especial de ejecución de género analizada, el funcionamiento de la bolsa y el artículo 17.4 TRLET, conlleva que deba interpretarse en el sentido de que en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, se otorgue preferencia a las candidatas femeninas, siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos de igualdad de la mujer y acabar con la infrarrepresentación en el sector, que se plantea erradicar el pliego.

Como último argumento de oposición a la cláusula analizada, la recurrente señala que la exigencia de la adopción de tres acciones en materia de conciliación de la vida personal y familiar invade asimismo el ámbito de la negociación colectiva. Pues bien, en la medida que las acciones en materia de conciliación son también, atendiendo a su naturaleza, medidas que promueven la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, resulta trasladable aquí lo ya dicho respecto a la posibilidad de imponer y sustraer de la negociación colectiva, la medida para favorecer el acceso de las mujeres a los empleos derivados del contrato que se licita, antes analizada.

Pero, además, cabe sostener como hace el órgano de contratación en su informe, que la cláusula recurrida exige la adopción de más medidas de conciliación, pero que la elección de las mismas y su concreción, habrán de ser objeto de la negociación colectiva, y, por tanto, no queda sustraída de la misma.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación la Resolución 266/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, dictada en el Recurso 92/2015, que en un supuesto similar al



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

analizado concluye *«en definitiva, pues, ninguna duda cabe que las condiciones especiales de ejecución tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres, así como la mayor participación de la mujer en el mercado laboral cuentan con un amplio reconocimiento tanto en el derecho comunitario, como en nuestro ordenamiento interno estatal y autonómico.*

Es a la luz de esta regulación legal, como debe examinarse la cláusula impugnada en el recurso. La citada cláusula introduce claramente una condición especial de ejecución de tipo social tendente a promover la paridad entre hombres y mujeres en la plantilla del contratista. No puede darse la razón al recurrente cuando aduce que la cláusula es discriminatoria en perjuicio de los hombres, puesto que el único objetivo que persigue el pliego es que, en caso de nuevas contrataciones y a fin de alcanzar la paridad de hombres y mujeres en la plantilla del adjudicatario, aquéllas recaigan sobre mujeres. En definitiva, el pliego, partiendo del dato de que la plantilla la conforman más hombres que mujeres, solo persigue el objetivo marcado por las normas internas y comunitarias de promover la igualdad y paridad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Por tanto, ningún reproche jurídico puede hacerse a la condición 3.1.26 del pliego en el extremo analizado».

Por todo lo expuesto, se rechazan los argumentos expuestos en el escrito de recurso frente a la condición especial de ejecución establecida en el apartado 16.1. del PCAPE.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

DECIMOSEXTO.- El duodécimo motivo del recurso se opone a la disposición 3.1 del apartado 16 del PCAPE que contiene la «condición especial de ejecución relativa a la suspensión o extinción de los contratos», debido a que a juicio de la recurrente es contraria a derecho.

La mencionada cláusula dispone:

«Es condición especial de ejecución mantener la plantilla de trabajadores y trabajadoras mínima adscritos a la ejecución del contrato y descrita en el Pliego de Prescripciones Técnicas, bien como consecuencia de la subrogación de trabajadores/as en cualquiera de sus modalidades, bien por la definición de las condiciones exigidas por el órgano gestor para la prestación del servicio, sin que proceda suspensión o extinción de los contratos de trabajo de la plantilla salvo las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o de despidos disciplinarios».

Entiende la recurrente que dicha cláusula interfiere en el ámbito laboral y que se excede del ámbito propio de la regulación administrativa, siendo nula puesto que atenta contra la legislación laboral y coarta el poder organizativo de la empresa, basándose para argumentarlo en la Resolución 48/2016, de 17 de mayo, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

El órgano de contratación en su informe señala acertadamente a juicio de este Tribunal, que la dicción literal de la cláusula controvertida indica que el contratista debe mantener la plantilla mínima exigida por el pliego y que se trata de una previsión lógica, que lo que hace es reiterar la obligación de cumplimiento de las condiciones del contrato,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

concretamente, en cuanto a los medios personales adscritos y exigidos como mínimos e imprescindibles para la realización del servicio, sin que afecte a potestades de organización de la empresa.

Es decir, a juicio del órgano de contratación, del que participa este Tribunal, la interpretación correcta de esta cláusula es, que la empresa al presentar la oferta acepta hacerse cargo de la prestación del servicio objeto del contrato, y ello lleva consigo una serie de condiciones y obligaciones, entre ellas, el mantenimiento de plantilla mínima obligada por el pliego y debe ejecutar el contrato a su riesgo y ventura. Esta interpretación se corrobora con lo establecido en la cláusula 20 del PCAPE dedicada al pago del servicio, cuando se indica, por lo que aquí interesa, que *«el adjudicatario, con el personal ofertado en número y competencia profesional que a todos los efectos permanecerá a su cargo...atenderá debidamente en tiempo y forma la realización de todas las labores, que se abonará mediante tres modalidades ...»*

Los alegantes refieren que la redacción de la cláusula controvertida viene dada de la «Instrucción sobre establecimiento de medidas para implantar nuevos criterios de gestión en las áreas municipales y sus Servicios» aprobada por Decreto del Consejero de Servicios Públicos y personal con fecha 4 de noviembre de 2015, señalando que el convenio estatal de jardinería garantiza la subrogación de la plantilla y que la cláusula recoge una condición de ejecución que pretende que las empresas respeten el número mínimo que contempla el pliego y que una vez que comienza la prestación, no pueda incumplir el número de trabajadores señalados en el pliego.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Además, en cuanto a que dicho punto es contrario a la negociación colectiva, no cabe tampoco aceptar tal argumento ya que la limitación de la cláusula afecta a las extinciones o suspensiones por causas objetivas de contratos laborales que vinculan a los trabajadores con la empresa adjudicataria, las cuales no son reguladas en ninguno de los convenios colectivos que se aplica a la plantilla (Convenio Colectivo Estatal de Jardinería y el Pacto de empresa) dado que vienen reguladas directamente en el ya citado artículo 49 del TRLET.

También opone el escrito de recurso que dicha condición es ilegal, porque «atentaría contra la legislación laboral y, además, coartaría el poder organizativo de la empresa» así como que se excedería del ámbito propio de regulación administrativa. Nuevamente el escrito de recurso adolece de la exigible argumentación para razonar la ilegalidad de la cláusula, pues no cita ley ni precepto legal alguno que se vea infringido, ni tampoco justifica de qué manera se coarta el poder organizativo de la empresa, o se excede la administración contratante o por qué resultan discriminatorias las condiciones impuestas.

Pues bien, este Tribunal considera que es legítima la exigencia de mantener la plantilla mínima de trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, descrita en el PPT, sin que quepa extinguir los contratos salvo en los casos de voluntad de las partes o despidos disciplinarios y ello porque, tal exigencia tiene por objeto asegurar el cumplimiento del contrato en los términos en los que ha sido adjudicado. Ello es así porque el adjudicatario está obligado a mantener esas condiciones, por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son *lex contractus* que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

vinculan durante su ejecución conforme al principio *pacta sunt servanda*.

Así razonó ya este Tribunal, y resulta aplicable analógicamente, en el Acuerdo de 14 de julio de 2016, dictado en el recurso 64/2016, al analizar la exigencia de un pliego de mantener las retribuciones de los trabajadores existentes, al tiempo de presentar la oferta durante la ejecución del contrato, señalando que ello no limita la competencia y sí, por contra, garantiza el principio de igualdad puesto que, de permitirse una minoración a posteriori de las retribuciones se alterarían las condiciones de la adjudicación, lo que además vulneraría el principio de equivalencia de las prestaciones.

Por tanto, esta condición especial de ejecución garantiza el principio de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que de permitirse una minoración a posteriori de la plantilla o de sus retribuciones, cosa que se produciría de renovar ésta con trabajadores de menor antigüedad, se alterarían las condiciones de la adjudicación, lo que además vulneraría el principio de equivalencia de las prestaciones.

Por ello mismo, esta condición especial de ejecución tampoco limita la competencia y no proyecta efectos desproporcionados sobre la organización de la empresa adjudicataria, pues los efectos que causa están justificados por la obtención de una garantía de correcta ejecución del contrato, así como por el propósito de conseguir una contratación socialmente más responsable, mediante la introducción en los procedimientos contractuales de objetivos de política social a través de criterios sociales, los cuales vienen impuestos por la nueva regulación europea de la contratación pública.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En conclusión, la condición especial de ejecución impugnada por el recurrente se limita a garantizar la correcta ejecución del contrato sin quiebra de los límites señalados, por lo que, consecuentemente, se desestima este motivo.

DECIMOSÉPTIMO.- En lo que respecta a la impugnación de la disposición 3.1 del apartado 16 del PCAPE, dedicado a «condición especial de ejecución relativa a la no minoración de las condiciones de trabajo», entiende el escrito de recurso que dicha condición es ilegal, *«atenta contra la legislación laboral además de coartar el poder organizativo de la empresa»* tras lo cual se remite a lo expuesto en el motivo decimosegundo del escrito de recurso, concluyendo que es nula de pleno Derecho. Nuevamente el escrito de recurso adolece de la exigible argumentación para razonar la ilegalidad de la cláusula, pues no cita ley ni precepto legal alguno que se vea infringido, y que determinaría nada menos, que la nulidad radical o de pleno Derecho que denuncia.

La mencionada cláusula establece que *«es condición de ejecución obligarse, durante todo el período de ejecución del contrato, a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario, y ...»*

Pues bien, a este respecto hay que señalar que este Tribunal ya ha admitido con anterioridad la legalidad de la exigencia de mantener las retribuciones de los trabajadores existentes al tiempo de presentar la oferta, durante toda la ejecución del contrato, debido a que no limita



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la competencia y si, por contra, garantiza el principio de igualdad puesto que de permitirse una minoración a posteriori de las retribuciones se alterarían las condiciones de la adjudicación, lo que además vulneraría el principio de equivalencia de las prestaciones. Así se razonó en el Acuerdo de 14 de julio de 2016, dictado en el recurso 64/2016:

«Por último, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post, (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato.

Asimismo, el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son lex contractus que vinculan durante su ejecución conforme al principio pacta sunt servanda, sin que la ultra-actividad de los convenios puede interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación.»



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Del mismo modo, se considera en todo caso, que tales condiciones de ejecución son legítimas al amparo del principio de libertad de pactos, consagrado en el artículo 25 del TRLCSP, y que no proyecta efectos desproporcionados sobre la organización de la empresa adjudicataria, los cuales están justificados como se señalaba en el anterior fundamento, por el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato así como por la aspiración de conseguir una contratación socialmente más responsable, tal y como impone la nueva regulación europea de la contratación pública.

Desde esta perspectiva, las previsiones cuestionadas por el recurrente no quiebran las reglas expuestas, pues se limitan a garantizar la correcta ejecución del contrato. Todo ello llevo a considerar legal esta exigencia del pliego por lo que, consecuentemente, se desestima este motivo.

DECIMOCTAVO.- Corresponde analizar el siguiente motivo del recurso, relativo a si la modificación del contrato, tal cual se contempla en la cláusula 17 del PCAPE, cumple las exigencias legales o si, como arguye la recurrente, la regulación de modificación del contrato afecta al contenido esencial del mismo.

Para ello resulta conveniente recordar los parámetros fijados al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en tanto sirven de interpretación necesaria del marco legal español, dado que su aplicación práctica obliga a preservar el efecto útil del derecho europeo, tal y como ya se señaló por este Tribunal en el Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, al advertir que todas las modificaciones de un



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes.

Así, cabe remitirse en este punto, a la abundante jurisprudencia comunitaria invocada en los Acuerdos de este Tribunal 76/2015, de 20 de julio, y 117/2017, de 21 de noviembre, que, por razones de economía procedimental, se da por reproducida en el presente Acuerdo.

La potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad ilimitada ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante. En consecuencia, la regla prima facie en cuanto a la facultad de modificación de los contratos es la excepcionalidad, la cual resulta compatible, no obstante, con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija; criterio del que participa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 50/03, de 12 marzo de 2004.

Ahora bien, cabe reseñar, antes de nada, que la recurrente incurre en el error de analizar la mayoría de los supuestos habilitantes de la modificación contractual contemplados en el PCAPE invocando el artículo 105.2 del TRLCSP, en vez de acudir al artículo 106 de dicha norma, que es el que opera para las modificaciones sí previstas en pliegos; aquél sólo resulta de aplicación, tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 12/15, de 6 abril de 2016, cuando –al caso concreto– no lo sean ni el 106 ni el 107 del TRLCSP; los términos empleados por dicha Junta Consultiva



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

son los que siguen: *«el citado artículo 105.2 resulta de aplicación únicamente cuando no lo sea el artículo 106 de la misma norma. Este último establece cómo deben preverse las modificaciones para que el órgano de contratación pueda acudir a esta institución jurídica en lugar de convocar una nueva licitación (dejando a un lado la posibilidad muy excepcional de modificar el contrato tomando como base jurídica el artículo 107 de la misma Ley). (...) Dicho en otras palabras, si la modificación hubiera sido prevista de conformidad con lo requerido por el referido artículo 106, la misma podrá realizarse. Si la modificación habiendo sido prevista en los pliegos, sin embargo, no cumple todas las exigencias (que no son pocas) del artículo 106 de la misma norma, y dado que en el caso que nos ocupa no resultaría de aplicación el artículo 107 de la Ley, deberá aplicarse el artículo 105.2, debiendo el órgano de contratación proceder a una nueva contratación de la prestación correspondiente».*

Y prosigue el meritado informe en su Consideración Jurídica 7ª: *«Esta Junta Consultiva llega a esta interpretación tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...). Al fin y al cabo, el régimen jurídico actual de las modificaciones contractuales que introdujo la Ley 2/2011, de 4 de mayo de Economía Sostenible en la entonces Ley de Contratos del Sector Público tiene su origen en esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De conformidad con la misma "(...) si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta" (...). Esta doctrina tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 106 del TRLCSP. (...) Esta jurisprudencia –se refiere a las Sentencias “Comisión/Francia, apdo. 34, y “Presstext”, apdo. 36– ha sido codificada por la Directiva 2014/24/UE (artículo 74 –se trata de una errata: es el artículo 72 el que regula la cuestión–) la cual, respecto de lo previsto en el artículo 106 de nuestra Ley añade un límite cual es: las modificaciones, aun cuando estén previstas en los pliegos, no podrán “alterar la naturaleza global del contrato” (artículo 74.1ª de la Directiva 2014/24/UE –incurre la misma errata puesto que es el artículo 72.1ª el que regula la cuestión–). Y además el considerando (111) añade que las cláusulas de modificación que se prevean no deben proporcionar una discrecionalidad ilimitada a los órganos de contratación. Esta Junta Consultiva entiende que estas dos limitaciones que establece la Directiva nueva y que, como se ha visto, proceden de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deben entenderse de aplicación desde la entrada en vigor de la nueva Directiva el pasado mes de abril de 2014. Estas limitaciones, por lo tanto, deben sumarse a todos los condicionantes que establece el actual citado artículo 106, de manera que solo cuando se cumplan las unas y los otros se podrá evitar acudir a una nueva licitación mediante una modificación del contrato».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Desde estos parámetros debe ser analizada, en consecuencia, la previsión del pliego impugnado en lo tocante a la modificación del contrato.

Así las cosas, comienza en este punto la recurrente su argumentación objetando que la sola fijación del umbral máximo en la cláusula 17 del PCAPE (del 30% del precio de adjudicación) para modificar el contrato reviste ya –per se– el carácter de modificación sustancial, sin aducir nada más al respecto.

Al contrario, tal previsión del PCAPE no hace sino dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 106 del TRLCSP, pues fija el porcentaje máximo a que la modificación puede afectar y, con respecto a su importe, a diferencia de lo previsto en las letras b) y c) del artículo 72.1 de la Directiva de contratación de 2014, que establecen ambas el límite del 50% para supuestos de modificación no previstos en los pliegos, como bien recuerda el órgano de contratación, la norma europea no establece ningún límite para los que sí se prevén expresamente [artículo 72.1.a) Directiva].

En cuanto a las causas habilitantes de modificación en los pliegos que ha aprobado el Ayuntamiento de Zaragoza, se contemplan hasta nueve en la cláusula 17.1 del PCAPE; su análisis lleva a la conclusión de que vienen detalladas tal y como exige el artículo 106 del TRLCSP, respetándose, además, los demás condicionantes que recoge este precepto.

A su vez, la regulación contenida en los pliegos de la modificación cumple las limitaciones mencionadas que ha introducido la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

jurisprudencia comunitaria. Así, el pliego determina y diseña sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. Y respeta, igualmente, la equivalencia de las prestaciones pactadas y, por ende, la naturaleza global del contrato.

En consecuencia, se cumplen los requisitos para poder admitir como válida la regulación de modificación del contrato contenida en la cláusula 17 del PCAPE, que se atiene a lo preceptuado en el artículo 106 del TRLCSP y a la doctrina fijada por el TJUE aludida a lo largo de este fundamento de derecho, procediendo, por ende, el rechazo de este motivo de recurso.

DECIMONOVENO.- Como decimoquinto motivo de oposición al pliego impugnado, la recurrente esgrime que en la cláusula 20 del PCAPE, dedicada al «Pago del servicio», existe una indeterminación en la prestación a realizar; arguye asimismo que no están correctamente delimitadas las modalidades que incluye dicho concepto [«precio en concepto de importe a pagar (conservación y limpieza)», «valoración por suministros» y «valoración por actuaciones (obras)»], pudiendo estar solapadas en cuanto a su contenido, lo que a la postre, pudiera redundar en que determinadas actuaciones no le fuesen abonadas al contratista.

Como ya se ha expuesto anteriormente, esa cláusula 20 del PCAPE describe tanto directa como indirectamente, por su remisión a las mediciones y unidades contempladas en el presupuesto (Anejo 10 del PPT), los trabajos y servicios a efectuar, así como los materiales a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

suministrar dentro de cada modalidad. De su lectura íntegra se deduce, como argumenta motivadamente el órgano de contratación, que no cabe hablar al respecto de indeterminación ni de solapamiento, duplicidad o confusión; en efecto, al tratarse de un contrato mixto, que comprende servicios, obra y suministros, en el PPT se desarrollan clara, suficiente y separadamente las prestaciones a recibir por el Ayuntamiento bajo cada tipo contractual, así como su remuneración, de manera que cualquiera de ellas es incardinable en uno u otro, y retribuable de acuerdo con el PCAPE, que resulta meridianamente claro al respecto de la descripción y pago de dichas prestaciones.

También aduce que concurre causa de anulabilidad respecto del inciso final del primer párrafo de la cláusula 20.2 del PCAPE relativo a la reposición de aspersores, porque en ella se establece que dicha reposición la deba asumir el contratista, a cuenta de su beneficio industrial.

Así es por lo que este Tribunal, como ha razonado en el Fundamento de Derecho Tercero del presente acuerdo al que aquí se remite en aras a la brevedad, y por los mismos motivos, considera que procede anular el citado inciso final del primer párrafo de la cláusula 20.2 del PCAPE.

Finalmente, la recurrente viene a aducir, que los sistemas de valoración de los suministros y de las actuaciones contienen reglas distintas para fijar el precio de las diferentes unidades a suministrar que se acometan en virtud del contrato; así, respectivamente, las últimas tarifas comerciales publicadas por las casas comerciales y las bases de datos aludidas en la cláusula 20.3 del PCAPE (base de datos "Paisajismo" para trabajos de jardinería, y base de precios del Departamento de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Infraestructuras del Ayuntamiento de Zaragoza para obra civil, o en defecto de ambas, la base de datos "Precio Centro" del COOATIE de Guadalajara); lo cual puede entrañar, a su juicio, un enriquecimiento injusto para la Administración contratante.

En efecto, es claro que el pliego ha diseñado una regulación diferente para la valoración por suministros y para la valoración por actuaciones. Sin embargo, esas reglas distintas se justifican, según aduce acertadamente el órgano de contratación, en que la valoración por actuaciones lleva aparejada la retribución al contratista de los gastos generales y del beneficio industrial, al tratarse de una obra y según se recoge en la cláusula 20.3 del PCAPE, con lo que la posible diferencia en el coste de adquisición de tales suministros ha de enjugarse con cargo a dichos gastos generales o beneficio industrial.

A mayor abundamiento, todos los licitadores han podido conocer tal condicionado con carácter previo a realizar su oferta, con lo que se respetan los principios de transparencia y concurrencia, y se aplicará de igual forma, cualquiera que resulte adjudicatario, por lo que no se conculca tampoco el principio de igualdad.

Por tanto, se entiende que la configuración de la obligación de pago es conforme a Derecho, salvo en lo que respecta al inciso final del primer párrafo de la cláusula 20.2 del PCAPE, relativo a la reposición de aspersores, cuya nulidad se declara, por lo que se estima en parte el motivo de impugnación considerado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

VIGÉSIMO.- La siguiente cuestión de fondo del recurso se circunscribe a la validez de las penalidades previstas en la cláusula 24 del PCAPE, que se consideran genéricas, indeterminadas y desproporcionadas por la recurrente, así como que podrían ir en contra del principio non bis in idem, al penalizarse conductas que ya constituyen infracción de acuerdo con la normativa laboral, ambiental, etc..

Procede acudir al artículo 115.2 del TRLCSP, como apunta el Acuerdo de este Tribunal 112/2017, de 7 de noviembre, el cual establece que, *«en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo»*. Esto significa que el pliego, como ley del contrato, tiene como principal función preservar el adecuado cumplimiento del mismo, pues en él radica la satisfacción del interés público.

Así, el artículo 212 del TRLCSP, con la finalidad de preservar el correcto cumplimiento de las prestaciones permite penalidades por ejecución defectuosa (distintas de penalidades por simple retraso o demora, y cuya inclusión en los pliegos fue ya admitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Baleares, en su Informe 8/03, de 25 de septiembre de 2003), que deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato. Ésta es la opción adoptada por el pliego recurrido y se encuentra en los límites legales máximos, puesto que, para las de mayor cuantía (incumplimientos muy graves), se sitúa en el 0,54%, cifra muy inferior al tope legal.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Descartada la desproporción, de acuerdo nuevamente con la argumentación ofrecida por el órgano de contratación, tampoco cabe achacar a la redacción de la cláusula 24 del PCAPE de incurrir en vaguedad o indeterminación, pues las conductas allí recogidas se hallan debidamente tipificadas, diferenciadas y graduadas, previéndose además un procedimiento para su imposición en el cual queda garantizado el derecho a ser oído del contratista.

En cuanto a la posible vulneración del *non bis in idem*, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005, invocada atinadamente por el órgano de contratación, que se expresa en los términos siguientes: *«Penalidades a satisfacer a la administración contratante por la comisión de faltas por el contratista que, independientemente de su denominación gramatical próxima al derecho punitivo, hemos de considerar como similares a las obligaciones con cláusula penal (art. 1152 y siguientes del Código civil) en el ámbito de la contratación privada. En el ámbito de la contratación pública, al igual que en la contratación privada, desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal, es decir el contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada. (...) Es evidente, por tanto, que pese a cobijarse bajo la denominación de "Régimen sancionador" las penalidades establecidas en la Base decimoséptima del Pliego de Bases del contrato nada tienen que ver con el régimen de imposición de multas sancionadoras por la comisión de infracciones administrativas»*.

Resoluciones del Alto Tribunal más recientes, como las Sentencias de 1 de octubre de 2011 ó 28 de enero de 2015, han incidido en el criterio de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

considerar las penalidades como medidas económicas que operan como incentivo para el puntual cumplimiento de los contratos públicos. Sentado, pues, su carácter coercitivo y no sancionador, como ha puesto de manifiesto el TACRC, en Resoluciones como la 152/2016, de 19 de febrero, no ha lugar a la invocación del principio non bis in idem.

En consecuencia, el régimen de penalidades establecido en el PCAPE se ajusta a lo preceptuado en el TRLCSP; no procede, en consecuencia, acoger este motivo de recurso.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Se impugna asimismo la disposición g) del apartado 25 del PCAPE titulado «Causas de resolución».

El recurso se dirige contra la cláusula 25. g) del PCAPE, en tanto que prevé como causa de resolución el incumplimiento de la condición especial de ejecución relativa a la prohibición de minorar las condiciones laborales, recogidas en el convenio colectivo o pacto laboral vigente, establecida en la cláusula 16). 3.1.5. del PCAPE.

En primer lugar, se imputa a la cláusula que impone *«como norma a cumplir un Pacto de empresa carente de vigencia, por lo que la única norma a aplicar sería el convenio estatal de jardinería»*. No puede prosperar tal razonamiento, puesto que la cláusula no está predeterminando o identificando ningún pacto o convenio, sino que hace una referencia al *«convenio colectivo o pacto laboral vigente en el momento de iniciar el procedimiento de contratación»*, sea cual sea.

En segundo lugar, solicita la recurrente la rectificación de una contradicción existente en lo relativo a *«la determinación del momento relevante para considerar qué convenio o pacto es el que está vigente,*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

si el momento de presentación de la oferta (Instrucción de 4 de noviembre de 2015 aprobado por Decreto del Consejero de Servicios Públicos y Personal del Ayuntamiento de Zaragoza) o si se trata del momento del inicio del procedimiento de contratación (cláusulas 25.g) y 16.3.1.5 del PCAPE)».

Efectivamente existe tal contradicción entre la cláusula del PCAPE y la citada Instrucción. Lo cierto es que tal contradicción carecería en principio de relevancia jurídica, atendiendo a la naturaleza del instrumento normativo referido, esto es la instrucción, debido a que de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, *«el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir»*. Sin embargo, si tiene efectos jurídicos debido a que tal Instrucción forma parte del PCAPE, como Anexo II.

A ello se suma que el órgano de contratación, reconoce que existe esa misma contradicción, debido a un error material, entre dos cláusulas del propio PCAPE, concretamente, entre los párrafos 2 y 5 del apartado 3,1 de la cláusula 16 del mencionado pliego.

Pues bien, el órgano de contratación da argumentos de oportunidad razonables para defender que ha de interpretarse que el momento a tener en cuenta es el del inicio del procedimiento de licitación, como el relativo a que la configuración del contrato en sus aspectos económicos se ha establecido tomando como base, los gastos de personal derivados de las condiciones establecidas en el convenio



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

colectivo o pacto de empresa vigente en el momento en que se redactaron los pliegos económico-administrativos y técnicos, y considera, de forma acertada, que no existe obstáculo alguno de legalidad para ello.

Pero es lo cierto que, procederá salvar la incongruencia padecida entre las dos cláusulas señaladas, entre sí, y de una de ellas con la Instrucción citada, dado que ésta forma parte del PCAPE como Anexo II, por lo que siendo que no es posible conocer con claridad las condiciones básicas del contrato, se acepta el motivo de impugnación y se anulan las cláusulas afectadas, por la existencia de una contradicción que debe ser subsanada.

Finalmente, resulta curioso a este Tribunal que se impugne la causa de resolución consistente en el incumplimiento de una condición especial de ejecución, lo cual está amparado en el artículo 118.2 TRLCSP en relación con el artículo 223.f) del citado texto legal y en cambio no se impugne la condición especial. Ciertamente, este planteamiento permitiría sin más, rechazar la impugnación de la causa de resolución, dado que la falta de impugnación de la condición especial de ejecución hace que quede consentida y firme, y que, por tanto, la correlativa causa de resolución sea perfectamente legítima.

No obstante, se admite la impugnación y en aras de la brevedad nos remitimos a lo señalado en el Fundamento de Derecho Decimoséptimo, en el que se transcribe parte del Acuerdo de este Tribunal, de 14 de julio de 2016, dictado en el recurso 64/2016, en el que se señala que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

oferta es parte del pliego, y éste es la ley del contrato y le vinculan durante todo la ejecución del mismo en virtud del principio *pacta sunt servanda* así como del principio del equilibrio de las prestaciones y del principio de igualdad de trato de los licitadores, los cuales quedarían vulnerados de admitirse una alteración de las condiciones de la adjudicación.

Asimismo, resulta de aplicación el Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, precisamente emitido a petición de la Administración contratante y sobre la concreta materia aquí analizada.

Por ello, se rechaza el argumento expuesto.

VIGESIMO SEGUNDO.- La asociación recurrente impugna el punto 2.5 del apartado 12 del PCAPE y Anexo I dedicado al modelo de proposición, porque considera necesario aclarar si en las mejoras 1, 2 y 3 se debe proceder a ofertar unidades enteras, equipos completos, ya que la indefinición produce inseguridad jurídica.

Opone, acertadamente a juicio de este Tribunal, el órgano de contratación en su informe, que la aclaración que requiere la recurrente se obtiene del tenor literal del punto 2.5 de la cláusula 12 del PCAPE que especifica que la mejora a valorar consistirá en el aumento del número de equipos de poda y apeo en arbolado, en parques y por avisos, describiendo con detalle el conjunto de mano de obra y maquinaria que resultan necesarios como mínimo para conformar cada equipo de poda y apeo. Por tanto, es claro que la disposición impugnada exige la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

oferta de los equipos completos sin que sea admisible entender que existe ambigüedad u oscuridad alguna, por lo que se rechaza el motivo de impugnación analizado.

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 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad 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 «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza (sector) I», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, y declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Especiales 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 2/2018, de 22 de enero de 2018, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

QUINTO.- Significar que contra el presente Acuerdo, que es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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».-

Lo que a los efectos oportunos le notifico en su condición de interesado.

Documento firmado electrónicamente en Zaragoza, a la fecha que figura al margen, por D. Sergio J. Ibarz Bosqued, Secretario del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón