



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 027/2019**

**Acuerdo 59/2019, de 8 de mayo de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, frente al anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento 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 26 de julio de 2018, 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 urgente, por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 68.000.006,32 euros, IVA excluido, con una duración de cuatro años prorrogables por otro año más.

Con fecha 31 de agosto de 2018 se envió el anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), publicándose dicho anuncio –en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP)– el día 3 de septiembre de 2018.

**Segundo.-** Con fecha 21 de septiembre de 2018 se interpuso, por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores en Aragón, recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que regían el meritado contrato, al amparo de lo establecido en el artículo 48 de la



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), ante este Tribunal administrativo. Con motivo de la tramitación de dicho recurso, al cual le fue asignado –en atención a su orden de llegada– el número 098/2018, se otorgó trámite de audiencia ex artículo 56.3 de la LCSP a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, que recibió comunicación al efecto el día 23 de octubre de 2018 y, durante el mismo, no presentó alegación alguna.

Mediante el Acuerdo de este Tribunal 107/2018, de 9 de noviembre, fue resuelto el citado recurso especial nº 098/2018 en sentido desestimatorio; de dicho Acuerdo se dio traslado, igualmente, a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, que recibió la notificación correspondiente el día 13 de noviembre de 2018.

**Tercero.-** De otro lado, con fecha 24 de septiembre de 2018 se interpuso, por la mercantil “PERICA OBRAS Y SERVICIOS, S.A.” (en adelante, PERICA), recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que regían el meritado contrato también ante este Tribunal administrativo. A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 099/2018.

El día 11 de octubre de 2018 fue presentado un nuevo recurso especial en materia de contratación, por parte de PERICA, frente a los nuevos contenidos de los Pliegos derivados del Acuerdo de Gobierno de Zaragoza de fecha 1 de octubre de 2018, tras anuncio de rectificación de error insertado en la PCSP y en el DOUE, los días 1 y 3 de octubre de 2018, respectivamente. A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 122/2018.

Con motivo de la tramitación de ambos recursos, se otorgó en los citados recursos, trámite de audiencia ex artículo 56.3 de la LCSP a los diversos interesados en los procedimientos; entre ellos, a “FCC MEDIO AMBIENTE,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

S.A.”, que recibió sendas comunicaciones al efecto los días 23 y 25 de octubre de 2018, respectivamente, y, durante los mismos, no presentó alegación alguna.

Mediante el Acuerdo de este Tribunal 118/2018, de 30 de noviembre, fueron resueltos –previa su acumulación– los citados recursos especiales nºs 099/2018 y 122/2018 en sentido estimatorio; de dicho Acuerdo se dio traslado, igualmente, a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, que recibió la notificación correspondiente el día 12 de diciembre de 2018.

**Cuarto.-** Con fecha 22 de septiembre de 2018 se interpuso, por la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (en adelante, ASEJA) ante el Registro General del Ayuntamiento de Zaragoza, recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que regían el meritado contrato igualmente ante este Tribunal administrativo. Con motivo de la tramitación de dicho recurso, al cual le fue asignado –en atención a su orden de llegada– el número 106/2018, se otorgó trámite de audiencia ex artículo 56.3 de la LCSP a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, que recibió comunicación al efecto el día 25 de octubre de 2018 y, durante el mismo, no presentó alegación alguna.

Mediante el Acuerdo de este Tribunal 6/2019, de 18 de enero, fue resuelto el citado recurso especial nº 106/2018 en sentido desestimatorio; de dicho Acuerdo se dio traslado, igualmente, a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, que recibió la notificación correspondiente el día 21 de enero de 2019.

**Quinto.-** Con fecha 1 de febrero de 2019 fue remitido, al DOUE, el nuevo anuncio de la licitación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo para su inserción en el mismo, la cual tuvo lugar el día 6 de febrero siguiente.

Se trata de un contrato mixto, con el código CPV 77311000-3: ‘Servicios de mantenimiento de jardines y parques’, licitado mediante tramitación urgente, por



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado igual al de la licitación anterior (68.000.006,32 euros, IVA excluido), así como con la misma duración (cuatro años prorrogables por otro año más).

Con fecha de 4 de febrero de 2019 fue publicado, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación del contrato “Conservación y Mantenimiento de Parques y Zonas Verdes de la Ciudad de Zaragoza (Sector I)”.

En ambos medios de publicidad de la licitación se indicaba que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 15 de febrero de 2019.

**Sexto.-** Con fecha 25 de febrero de 2019 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, escrito suscrito por don J.J.J.L.O., en nombre y representación de la mercantil “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, interponiendo recurso especial en materia de contratación y en el que manifestaba su disconformidad con el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento de licitación anteriormente referenciado.

Dicho recurso especial aduce –en síntesis– lo siguiente:

- a) Se observa un error –a criterio de la recurrente– en los costes laborales del personal a subrogar del Centro de Inserción Especial de Empleo “CONSOLIDA OLIVER, S.L.U.”, al haber sido utilizado para su cálculo un convenio no vigente.

Tal error es constatable por el tenor de un Dictamen elaborado por un Letrado laboralista y que acompaña, interesando a raíz de su aportación que sea recibido el procedimiento a prueba (pericial).

- b) Invoca asimismo que los pliegos incurren en nulidad de pleno derecho argumentando la existencia de información contradictoria respecto al cálculo de los costes laborales de los trabajadores a subrogar provenientes de la anterior adjudicataria. Sostiene la recurrente que no queda claro si el órgano de contratación ha calculado estos costes teniendo en cuenta el pacto de empresa existente –y caducado– o bien, los ha calculado de acuerdo a lo



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que dispone el convenio sectorial; en este sentido, refiere que el órgano de contratación les ha denegado expresamente las aclaraciones solicitadas al respecto.

Considera que el órgano de contratación ha calculado los costes salariales a partir del Pacto particular de empresa y no del convenio colectivo sectorial aplicable, conclusión que extrae asimismo del Dictamen aludido en la letra anterior.

- c) Redundando en los cálculos del precio del contrato, argumenta que el órgano de contratación no ha tenido en cuenta los costes de la formación obligatoria ni del absentismo de los trabajadores. Igualmente remite, en su argumentación, al mismo informe de los apartados precedentes.
- d) Aprecia asimismo que el procedimiento está incurso en causa de nulidad de pleno derecho por infracción del plazo mínimo para presentación de ofertas.
- e) Manifiesta la recurrente que, en su opinión, el órgano de contratación ha incumplido lo establecido en artículo 138 de la LCSP acerca del plazo de información a los interesados.
- f) Por último, y con relación a las cuestiones resueltas por los meritados Acuerdos de este Tribunal 107/2018, de 9 de noviembre, 118/2018, de 30 de noviembre, y 6/2019, de 18 de enero, por mor de los recursos especiales (n<sup>os</sup> 098, 099 y 106/2018) interpuestos frente al anterior procedimiento de licitación, se postula –para el presente recurso– la inexistencia de cosa juzgada.

Por lo expuesto, interesa la declaración de nulidad del estudio económico, de la justificación de la oferta y de los pliegos que rigen el contrato, tanto del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas (en adelante, PCAPE) como del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT).

Asimismo, solicita la suspensión cautelar del procedimiento en tanto se resuelva el recurso interpuesto.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Séptimo.-** Con fecha 26 de febrero de 2019 se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo el expediente de contratación junto con el informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

El Ayuntamiento de Zaragoza remitió dicha documentación mediante correo electrónico el día 4 de marzo de 2019.

**Octavo.-** Con fecha 1 de marzo de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió la subsanación del escrito de recurso presentado –a la dirección de correo electrónico facilitada por la recurrente en su escrito de recurso– a fin de que aportara el documento que acreditara la representación, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. El requerimiento fue atendido con fecha 4 de marzo de 2019.

**Noveno.-** El día 4 de marzo de 2019 se dio traslado del nuevo recurso al resto de interesados, otorgándoles trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles para presentar las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Durante el mismo no se ha recibido alegación alguna por parte de ninguno de ellos.

**Décimo.-** Con fecha 6 de mayo de 2019, a requerimiento previo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se ha completado por el órgano de contratación el expediente administrativo, en lo relativo a las solicitudes de información y aclaraciones por parte de potenciales licitadores, junto con la respuesta dada –en su caso– a las mismas, así como de acceso al expediente de contratación.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.” para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, si bien cabe ya advertir en este punto que tal legitimación, y sin perjuicio de cuanto se enuncia en el Fundamento de Derecho Cuarto del presente Acuerdo, ha de identificarse con el interés legítimo que la recurrente ha de ostentar para la defensa de su esfera jurídica, sin que –en ningún caso– dicha legitimación pueda reconocerse al objeto de una defensa genérica o abstracta de la legalidad en alguna de sus pretensiones.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra el anuncio y los pliegos de un contrato mixto en el que –ex artículo 18.1.a) de la LCSP– prevalece la parte relativa a los servicios, estando sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con los artículos 44.2.a) de la LCSP y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA).

**SEGUNDO.-** Ahora bien, a fin de determinar si el recurso ha sido planteado en tiempo y forma, y con independencia de que las partes no hayan invocado esta cuestión al corresponder a este Tribunal dirimirla de oficio, es menester analizar además la posible causa de inadmisión que se desprende de la exposición de los hechos contenida en los Antecedentes Quinto y Sexto del presente Acuerdo; así las cosas, de su lectura se colige que el plazo para presentar proposición finalizó diez días –naturales– antes que el establecido *ex lege* para interponer recurso especial, circunstancia que reviste singular relevancia en el presente caso por cuanto –del cotejo del expediente administrativo– se comprueba en efecto, desde un punto de vista cronológico, como aquélla precedió a éste: la ahora recurrente presentó su oferta en fecha 15 de febrero de 2019 y, posteriormente, interpuso recurso especial el día 25 de febrero siguiente.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Dispone en este sentido el artículo 50.1.b) de la LCSP –que fija las reglas del plazo para la interposición del recurso especial– lo siguiente:

*«Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación, el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.*

(...)

*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho».*

Recientemente, este Tribunal –en el Acuerdo 78/2018, de 30 de agosto– ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito del supuesto en que no se guarde la prelación entre la interposición del recurso y la presentación de la oferta; dicho Acuerdo se expresa en los términos siguientes:

*«Existe una doctrina consolidada de los Tribunales administrativos de recursos contractuales respecto a que el recurso especial contra los pliegos y demás documentos contractuales interpuesto transcurrido el plazo de quince días hábiles establecido legalmente, debe ser inadmitido por extemporáneo. E igualmente, el recurso contra el acto de adjudicación fundado en motivos de oposición frente a los pliegos si aquellos no fueron impugnados en tiempo y forma, deberá ser también desestimado, debido a que el acto administrativo, en este caso el de aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y demás documentos, deviene consentido y firme, según la teoría general del Derecho administrativo.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*Además, la participación de la recurrente en la licitación mediante la presentación de su proposición u oferta, determina la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (artículo 139.1 de la LCSP), cláusulas o condiciones que no pueden, por tanto, ser posteriormente discutidas violentando el principio que impide volver contra los propios actos.*

*De modo que no debe admitirse el recurso contra los pliegos cuando el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, pues de otro modo se quebrantaría el principio de seguridad jurídica, así como el principio del `non venire contra factum proprium´ antes citado.*

*Por su parte, el Tribunal Supremo –en su Sentencia de 28 de junio de 2004 (rec. nº 7106/2000)– considera que «las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación». Y es que, a juicio del Alto Tribunal “puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico”.*

*Únicamente cuando concurre una causa de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, cabe entrar a conocer el fondo del asunto, habida cuenta de que los vicios de nulidad son vicios de orden público, como así ha señalado este Tribunal desde sus Acuerdos 20/2012 y 22/2012, de 14 y 28 de junio, respectivamente.*

*Más taxativa se muestra aún la recién invocada STS, al afirmar que “la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación”.*

*Por su parte, la Resolución 255/2015, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), tras analizar un supuesto en el que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –en adelante, PCAP– incluye como criterio de adjudicación la acreditación por las empresas licitadoras de determinadas normas ISO, en vez de configurarlo como criterio de solvencia en fase de admisión de licitadores, concluye que “(...) la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras), con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto (por todas, Resoluciones 502/2013, de 14 de noviembre, ó 931/2014, de 18 de diciembre). Siguiendo en este punto al Consejo de Estado (Dictamen 6/97, de 17 de abril), ‘los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o de cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de una interpretación estricta, por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general’”.*

*Esta doctrina ha sido recogida en la nueva LCSP, que en su artículo 50.1.b) antes transcrito, señala que “con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*Dado el tenor literal del precepto, en el que se señala que con carácter general no se admitirá el recurso en esos casos, salvo lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho, parece deducirse que el legislador pretende que se analice el caso concreto y las circunstancias concurrentes, especialmente para concretar si se está ante un supuesto de denuncia de vicios de nulidad de pleno derecho».*

Procede, en consecuencia, y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, al postular el escrito de recurso la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho, admitir a trámite el recurso por entender que concurre la referida excepción frente a la regla general de la inadmisión en virtud, asimismo, del principio *pro actione* así como de que la actora no vea mermado su derecho a la defensa a causa de la tramitación del expediente, cuyo carácter urgente ha propiciado que los plazos para licitar y recurrir sean tan distantes en el tiempo.

**TERCERO.-** Sentado lo anterior, este Tribunal quiere advertir con carácter previo que el análisis de los motivos esgrimidos sobre el fondo del recurso, en virtud de principio de seguridad jurídica consagrado al máximo nivel normativo por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 9.3 de la Constitución, ha de comenzar por el último de los motivos invocados en el escrito de recurso –la inexistencia de cosa juzgada– y luego proseguir, en su caso, con los restantes contenidos en el mismo cuya consideración no le esté vedada.

El postrer motivo que la actora postula, como colofón al recurso, es que no resulta de aplicación –al presente caso– la doctrina de la cosa juzgada administrativa por mor de los recursos y Acuerdos aludidos en los Antecedentes de hecho Segundo a Cuarto del presente Acuerdo, así como en la letra f) del Antecedente Sexto, puesto que considera que *«(...) es la primera vez que impugna el pliego de condiciones. Las causas de impugnación son nuevas y motivadas con posterioridad a todas las resoluciones dictadas por este Tribunal, no existe identidad de causa y no han sido tratadas por este Tribunal.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*Como bien resuelve el TACPA en la resolución 6/2019, la cosa juzgada, requiere que se cumplan los requisitos de identidad de causa y elementos subjetivo y objetivos idénticos, criterios que en este supuesto no se cumplen y es más, debemos tener en cuenta que la mayoría de las cuestiones se consideran cosa juzga(da) por parte del TACPA, no forman parte de la resolución ya que se manifiestan según lo alegado por el propio Tribunal para evitar futuras impugnaciones, en función de junta consultiva».*

En apoyo de sus planteamientos, la recurrente invoca asimismo las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29 de mayo de 1995 y de 12 de junio de 1997.

El órgano de contratación, por su parte, muestra su oposición a este motivo del recurso esgrimiendo el carácter, en gran parte, de cosa juzgada en relación con las cuestiones que ya se suscitaron –o pudieron suscitarse– en la anterior licitación, puesto que su regulación permanece idéntica en los nuevos pliegos y tampoco han variado los parámetros legales que resultan de aplicación.

Así, en su informe al recurso refiere que: *«(o)bviamente no es cosa juzgada la adecuación del plazo de presentación de ofertas de este procedimiento, pero desde luego sí lo es el estudio de los costes y el presupuesto de licitación y valor estimado, ya que este expediente, tiene igual presupuesto de licitación y valor estimado que el anterior, aprobado en julio de 2018».*

Por ello, al tratarse de actos *`distintos´* pero no *`autónomos´*, concluye que todas esas cuestiones han devenido en consentidas y firmes para la recurrente, de ahí que defienda el rechazo de este motivo, invocando en su favor la reciente Resolución 117/2018, de 4 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA), además del meritado Acuerdo 6/2019 de este Tribunal.

Invocado el instituto de la cosa juzgada, cabe traer a colación la jurisprudencia constitucional que, por un lado, caracteriza el respeto a la misma como límite objetivo pleno y, por otro, perfila y delimita su contenido y alcance pues, tal y



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

como afirma el Tribunal Constitucional –entre otras– en sus Sentencias 208/2009, de 26 de noviembre (rec. amparo nº 3528/2003), y 114/2012, de 24 de mayo (rec. amparo nº 7325/2010), con cita de otras anteriores (F.J. 9º de esta última): *«(c)onstituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las SsTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4. En tal sentido hemos dicho que “[n]o se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto” (SsTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

*En definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.*

*Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial “resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión”, pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6;) o sobre los que, aún no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5)».*

Es decir, el supremo intérprete de la Constitución vino a extender la garantía de la cosa juzgada más allá de los estrictos límites en que era concebida por los artículos 1252 del Código Civil y normas concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882, en doctrina que fue acogida por el artículo 222 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y ha sido asumida –y aplicada– por los diversos órganos de resolución de recursos contractuales.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Ahora bien, no hay que olvidar que –con independencia de que este Tribunal entrara en el fondo de todas las cuestiones suscitadas con motivo de la tramitación de los recursos de que trajeron causa los meritados Acuerdos 107/2018 y 6/2019– las cuestiones que fueron abordadas en el segundo de dichos Acuerdos, se adoptaron –como apunta la recurrente– en evitación de litigiosidad a futuro (dado que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional recién invocada, no llegaron a proyectarse sobre aquellos pronunciamientos que constituyeron la *ratio decidendi* de los mismos, ni resultaron determinantes para la decisión adoptada), de una parte, ni tampoco la singular configuración legal del recurso especial en materia de contratación habida cuenta de que, como se afirma en la Resolución 43/2014, de 30 de abril, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi su incoación *«no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil»*, de otra parte.

Y ello lleva a concluir, en buena lógica, que dichos Acuerdos 107/2018 y 6/2019 no despliegan efectos sobre el presente recurso, lo que obliga a este Tribunal a pronunciarse sobre los argumentos de la recurrente en cuanto a su fondo, tarea a la que se dedican los siguientes Fundamentos de Derecho en el mismo orden –ya sí– que aquél.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**CUARTO.-** Sentado lo anterior, se comprueba como la actora viene a combatir, a lo largo de los motivos numerados en el recurso como alegaciones primera, segunda y cuarta (no hay tercera) –y que son extractados en las letras a), b) y c) del Antecedente Sexto, respectivamente– los costes salariales y su reflejo en el precio del contrato, desde diversas perspectivas pero a idéntico fin (lo cual conlleva su consideración conjunta), que no es otro que demostrar que dicha magnitud –consignada en la cláusula 4ª del PCAPE– no ha sido obtenida de manera correcta, en contravención –a su juicio– de los artículos 100, 101 y 102.3 de la LCSP.

Considera que existe al respecto un error en los costes laborales derivados tanto del personal a subrogar del Centro de Inserción Especial de Empleo “CONSOLIDA OLIVER, S.L.U.” como de la anterior adjudicataria (“FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.”) añadiendo, en relación con esto último, que el órgano de contratación ha calculado tales costes de acuerdo con el pacto de dicha empresa en vez del Convenio colectivo sectorial; asimismo, apunta que no se han tenido en cuenta los costes de formación obligatoria ni del absentismo de los trabajadores, pese a lo cual se cifra en casi 405.000 euros anuales el déficit en el cómputo de dichos costes. Todas estas conclusiones las extrae de un Dictamen elaborado por un Letrado laboralista y que acompaña en apoyo de su tesis, interesando a raíz de su aportación que sea recibido el procedimiento a prueba (pericial en lo que se refiere al meritado Dictamen).

A su vez, el órgano de contratación en su informe al recurso, por un lado, se ampara en el respeto del tenor de los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, que preceptúan la adecuación del precio para el efectivo cumplimiento del contrato, así como la consideración del Convenio colectivo sectorial de aplicación cuando, como en el presente caso, los costes laborales son los principales en la prestación del servicio, concluyendo «*la escasa relevancia cuantitativa de la pretendida desviación* (que se desprende del Dictamen adjunto al recurso), *la cual, cifrada por la recurrente en 404.951,48 € al año, supone,*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*respecto del valor estimado del contrato, un porcentaje del 0,595%» y, por otro lado, defiende que la determinación del precio reviste el carácter de criterio técnico y, como tal, queda dentro del principio de discrecionalidad, invocando en su favor las Resoluciones 3/2019, de 11 de enero, y 632/2018, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC).*

Sentado lo anterior, cabe traer a colación lo ya resuelto por este Tribunal en el meritado Acuerdo 6/2019, cuyo Fundamento de Derecho Quinto afirma:

*«(...) el tenor del vigente artículo 102.3 de la LCSP va más allá que su correlato, el artículo 87.1 in fine del TRLCSP, cuando 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 base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

*En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.*

*La introducción por el legislador del segundo párrafo recién transcrito supone, por un lado, que el régimen legal vigente haya variado sustancialmente respecto al anterior –como ha tenido ocasión de concluir recientemente el TACRC en su Resolución 632/2018, de 29 de junio– al existir “una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía” y, por otro, en lógica consecuencia, impide apreciar –para este aspecto– el efecto de cosa juzgada.*

*Ahora bien, hay que recordar que esta misma cuestión fue ya abordada por este Tribunal en el Acuerdo 107/2018. En éste se afirmaba que (F.D. 4º): “(...) el punto de partida lo constituye el artículo 102.3 de la LCSP, que dispone: `Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

*En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios´.*

*Nuevamente cabe invocar el citado Acuerdo 60/2018 de este Tribunal, en el que se afirma lo siguiente: “el precio del contrato ha de cumplir los parámetros establecidos en el artículo 87 del TRLCSP (artículo 102 LCSP actualmente), y a tal efecto, cabe traer a colación la Resolución nº 754/2017 de 5 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se viene a señalar que: `... corresponde al órgano de contratación cuidar de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe en el momento de fijar el presupuesto de licitación, de acuerdo con el artículo 87.1 TRLCSP. (...) Pero es sobre todo el licitador quien debe establecer un juicio sobre la viabilidad y retribución del contrato dado que ha de formular su oferta económica, en la que una variable determinante es precisamente la del precio. (...) En todo caso, la fijación del precio estimado del contrato tiene la consideración de criterio técnico, dotado de discrecionalidad, por lo que la adopción por este Tribunal de una decisión contraria al precio fijado por la Administración, fuera de los casos en que se aprecie arbitrariedad o falta de motivación y en contra de la discrecionalidad técnica de ésta, que no se aprecian, no sería conforme a los principios de eficacia en la gestión de los recursos públicos que recoge el artículo 1 del TRLCSP”».*

Y en lo atinente al supuesto déficit en el cálculo del precio del contrato que ASEJA postulaba en su recurso, en el mismo Fundamento de Derecho se indica: «Cabe apuntar, como atinadamente observa el órgano de contratación, que la cifra indicada –sorprendente e inopinadamente– no se corresponde con la



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*finalmente reseñada en el meritado informe por el profesional firmante del mismo (274.527 euros), circunstancia que, unida al porcentaje que representan ambos importes sobre el total del valor estimado del contrato (un 0,49% en el caso de aquél, y un 0,40% en el de éste), lleva a este Tribunal a acoger el planteamiento de dicho órgano y rechazar el de ASEJA, habida cuenta de que –además del posible origen de esa mínima diferencia en los diferentes métodos de cálculo empleados para cuantificar el contrato– la consulta del expediente administrativo demuestra que por el órgano de contratación se han tenido en cuenta, entre otros, esos costes de índole laboral (Memoria obrante como cuarto documento en dicho expediente; en particular, folios 15 a 18 del mismo), al calcular el presupuesto de licitación a partir del Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2020, que figura, a su vez, como Anexo 12 al PPT, en cumplimiento de lo dispuesto no sólo en el citado artículo 102.3 de la LCSP, sino también en el artículo 101.2 de dicha norma, precepto que resulta asimismo de aplicación.*

*Además, el órgano de contratación en el informe al presente recurso reseña –de forma singularizada– el método concreto utilizado para determinar los costes salariales que se repercuten en el precio de cada una de las unidades de obra o servicio y partidas alzadas y, en tal sentido, apunta “que se ha basado en calcular las horas de trabajo anuales requeridas para la correcta ejecución de la unidad de obra o servicio o partida alzada, aplicando las tablas salariales del Convenio sectorial en función de cada categoría que ha de intervenir. El importe total a que asciende el presupuesto de gastos de personal así calculado, es de 8.230.359,51 €, que se incluye en el PCAPE”.*

*Es decir, la presunción de acierto de que goza –en tanto que criterio técnico– la determinación del precio del contrato por parte del órgano de contratación, como sostiene éste en su informe al recurso, no ha sido desvirtuada por ASEJA, pues queda acreditado que aquél –en este aspecto– ha obrado conforme a Derecho frente a los planteamientos de ésta, pues la documentación que presenta no llega a rebatir, siquiera indiciariamente, los argumentos del órgano de contratación, cuya actuación ha de reputarse correcta, al quedar cumplida constancia en el expediente de que tales costes conforme a las previsiones del meritado Convenio Colectivo sí han sido tenidos en cuenta y sin que en ningún*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*caso, a la vista del Dictamen del Graduado Social que aporta ASEJA y de los documentos obrantes en el expediente de contratación, se haya podido evidenciar lo contrario.*

*A mayor abundamiento, como ha afirmado recientemente el TACRC en su Resolución 1106/2018, de 30 de noviembre, en la que se destaca singularmente el derecho que asiste a los licitadores –en especial, tras la entrada en vigor de la LCSP– “a que se les desglosen los costes y gastos que les conllevaría la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatarios”, cabe concluir que en el presente caso tal derecho no se ha vulnerado de conformidad con lo ya expuesto habida cuenta de que, además, a decir de dicho Tribunal administrativo en la citada Resolución (F.D. 7º): “la competencia para determinar este presupuesto (base de licitación) es exclusiva del órgano de contratación”».*

Es decir, este Tribunal ya tuvo ocasión de revisar la magnitud contractual cuestionada por la ahora recurrente a la luz de los preceptos de la LCSP que ésta considera conculcados, sancionando la adecuación a Derecho de las cláusulas que recogían la misma, conclusión a la que –igualmente– ha de llegarse en el presente caso pues resulta de plena aplicación al mismo.

Y ello porque la actora sustenta sus pretensiones sobre un Dictamen, fiando así a su tenor el conjunto de la argumentación expuesta en los respectivos motivos del recurso, cuyo punto de partida en lo concerniente al personal a subrogar de la empresa “FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.” (actual adjudicataria del servicio) –según se reconoce en su primera hipótesis de cálculo, como atinadamente observa el órgano de contratación–, lo constituye no el listado del personal a subrogar publicado como Anexo 8 al PPT, esto es, dentro de la documentación contractual, sino el facilitado por dicha mercantil al Letrado emisor de aquél, una vez aprobado el expediente de contratación (el día 5 de febrero de 2019), cuya fecha de aprobación, junto con la de remisión del correspondiente anuncio de licitación, constituye –tal y como se afirma, no solo ya en el Acuerdo 123/2018, de 19 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, invocado asimismo por el órgano de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación sino también, más recientemente, en el Acuerdo 28/2019, de 28 de febrero, de este Tribunal– el día de referencia para configurar el contrato en sus aspectos económicos, lo que por sí determina que el meritado informe no pueda ser tenido en cuenta, así como que la presunción de acierto de que goza –en tanto que criterio técnico– la determinación del precio del contrato por parte del órgano de contratación no pueda considerarse desvirtuada.

Ni tampoco –en relación ya con el error postulado del personal a subrogar del Centro de Inserción Especial de Empleo “CONSOLIDA OLIVER, S.L.U.” y con los costes a causa de la formación obligatoria y del absentismo laboral– sus consideraciones se muestran mínimamente concluyentes dado que no llegan a rebatir, siquiera remotamente, la posición del órgano de contratación; en suma, como bien defiende éste en su informe al recurso, las cifras que arroja el citado Dictamen constituyen, más bien, *«un presupuesto alternativo»* (muestra de ello es el porcentaje que representa el pretendido importe en que se ha infravalorado el contrato sobre el total del valor estimado del contrato, un 0,60%), y dicho documento –como atinadamente observa dicho órgano– *«no acredita en modo alguno que la suma presupuestada sea insuficiente para la adecuada y correcta ejecución del contrato, ni para el cumplimiento de los compromisos laborales derivados del convenio colectivo de aplicación, que son los verdaderos parámetros legales de necesaria y obligada observancia»*, razón por la que, además, no ha lugar a que sea recibido el procedimiento a prueba.

Y todo ello priva de fundamento a estos motivos del recurso, de ahí que proceda su rechazo.

**QUINTO.-** Asimismo se impugna el plazo conferido para presentar proposición, pues considera la recurrente que contraviene lo preceptuado en los artículos 138.1 y 156.3.b) de la LCSP. De esta manera, a diferencia de la licitación inmediatamente anterior del mismo contrato en que –pese a que el expediente de contratación fue tramitado igualmente vía urgente– el referido plazo se fijó en



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

treinta y cinco días naturales cuando, en esta ocasión, se ha establecido en quince días naturales, a contar desde la fecha de remisión del correspondiente anuncio de licitación al DOUE. Junto a ello viene también a cuestionarse el empleo de la tramitación urgente en el expediente de contratación, si bien tangencialmente.

Cuestiona así la actora que el plazo para concurrir a la actual licitación no respeta el mínimo legal de quince días regulado en el citado artículo 156.3.b) de la LCSP por cuanto, de una parte, su cómputo debe efectuarse por días completos y, de otra, si bien el anuncio de licitación fue remitido al DOUE el día 1 de febrero de 2019, no ha podido disponerse de los pliegos y demás documentación contractual hasta el 4 de febrero siguiente, fecha en que fue insertada en la PCSP.

Por su parte, el órgano de contratación postula la corrección de su actuación en virtud del mismo precepto cuya vulneración postula la actora, pues el *dies a quo* para la presentación de ofertas se inicia desde la fecha de envío del anuncio de licitación que, tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada, debe cursarse a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea; ése y no otro es el día que ha de tomarse como referencia, por aplicación asimismo del artículo 156.5 y 6 de la LCSP. A mayor abundamiento, sostiene en su descargo el citado órgano que la PCSP no permite la publicación los pliegos –y demás documentación contractual– hasta el transcurso de las cuarenta y ocho horas a que alude el artículo 135.3 de la LCSP.

Así las cosas, con anterioridad a analizar el fondo del asunto, este Tribunal ha de examinar la pretensión ejercida mediante este motivo de recurso, dado que no acierta a atisbar el perjuicio a evitar ni el beneficio a obtener por la recurrente, por cuanto no le ha impedido concurrir a la licitación ni tampoco se invoca que el mencionado plazo le haya dificultado o impedido participar en la misma en pie de igualdad con sus competidores.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Y ello entronca con el concepto de interés legítimo que ha sido ya abordado, con arreglo a la doctrina jurisprudencial sentada al efecto –uno de cuyos últimos exponentes lo constituye la STS de 27 de octubre de 2014 (rec. casación nº 4490/2012)–, entre otros, en el Acuerdo 100/2018, de 15 de octubre, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo este Tribunal se pronuncia en los términos siguientes: «(...) *llegados a este punto y siguiendo con la doctrina anteriormente expuesta respecto de la legitimación para interponer un recurso especial en materia de contratación, es preciso traer a colación la Resolución nº 216/2017, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se pone de manifiesto que:*

*“Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión ‘interés legítimo’, utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de ‘interés directo’, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).*

*Pues bien, como ya hemos dicho en muchas ocasiones, para determinar si en un asunto concreto concurre el requisito de la legitimación en el reclamante ha*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto de interés legítimo con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. En nuestra Resolución 290/2011 indicamos que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, expone que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 –RJ1997, 2340– y de 11 de febrero de 2003 –RJ 2003, 3267–, entre otras)».*

Como ya se ha expuesto, la actora presentó su proposición el 15 de febrero de 2019 y en el recurso que interpuso diez días –naturales– después, cuestionando el plazo otorgado al efecto. En ningún momento se invocan las consecuencias negativas que –por mor de esa reducción del plazo a su juicio contraria a Derecho– se le han provocado ni que, mucho menos, ello haya redundado en colocar a la recurrente en una situación de discriminación o inferioridad, al no permitirle concurrir a la licitación o al traducirse en que su participación no se haya producido en estricto pie de igualdad, de manera que la finalidad concreta de este motivo del recurso consistiera en remover tales impedimentos.

Sentado lo anterior, la pretensión manifestada por la recurrente para el presente motivo no halla encaje dentro del concepto de `interés legítimo`, dado que el



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

eventual interés que sustenta no reúne los requisitos legales exigibles, esto es, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de la recurrente y sin que sea cierto y concreto, sino que es una mera invocación abstracta y general, es decir, una defensa genérica de la legalidad cuya supuesta vulneración en nada le perjudica o beneficia, todo lo cual lleva a este Tribunal a inadmitir dicho motivo.

**SEXTO.-** Otro de los aspectos que se impugna es el plazo de información a raíz de las aclaraciones interesadas a la Administración licitante, pues considera la recurrente que contraviene lo preceptuado en el artículo 138 de la LCSP.

En particular, esgrime que la empresa “FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.” *«informó al órgano de contratación de los errores en el personal a subrogar y de la actualización de determinados convenios»*, sin que se obtuviera respuesta antes de los cuatro días naturales anteriores a la finalización del plazo de presentación de ofertas, plazo que prescribe el artículo 138.3 *in fine* de la LCSP para atender las solicitudes de información de potenciales licitadores, y que –a su juicio– se ha incumplido.

Por su parte, el órgano de contratación pone de manifiesto, en primer lugar, que en el procedimiento licitatorio *«quien ha comparecido en todo momento y ha sido el interlocutor es FCC, S.A. –“FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.”–, a pesar de que la oferta y el recurso lo presenta FCC, MA, S.A. –la recurrente–»*. Seguidamente, en su informe al recurso, añade lo siguiente:

*«El día 6 de febrero de 2019, comparece FCC, S.A., en el Servicio de Contratación y tiene acceso a todo el expediente 1721663/2018, entregándosele fotocopias de varios documentos, todo ello consta en comparecencia (folio 4 del expediente 012088/2019)»*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*La empresa solicita, así mismo, la entrega del informe emitido por el órgano de contratación en el expediente 904216/2018 que fue anulado por ese Tribunal, con ocasión del recurso presentado por ASEJA (que dio lugar al acuerdo 06/2019, de 18 de enero), al cual no se da acceso por considerar que este informe no forma parte de un expediente administrativo del Ayuntamiento sino que se ha elaborado para dar respuesta a la petición del Tribunal dentro de un procedimiento de resolución de un recurso.*

*La empresa FCC, S.A, ha tenido acceso a todo el expediente de contratación.*

*De la misma manera que lo han tenido todos los posibles interesados que hubieran manifestado su voluntad en este sentido.*

*Por otra parte, en fecha 11 de febrero de 2019, hubo una sesión informativa, prevista en el PPT y, por tanto de carácter técnico, y en la que por parte de la Jefatura del Departamento de Ecología Urbana, se comunicó a todos los interesados, las modificaciones introducidas en el Pliego Técnico respecto del anterior señalándose que para mayor clarificación están expresadas en negrita en el pliego técnico en licitación para facilitar su consulta para todos los interesados. (De hecho se puede comprobar en el PPT publicado la negrita en algunos párrafos de las páginas 92, 139, 141, 146 y 149). Así mismo, se comunica que todas las demás consultas han de plantearse a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público o si ya está cerrada la posibilidad a través del Servicio de Contratación.*

*Las únicas peticiones que se han recibido de consultas a través del Servicio de Contratación (dirección de correo de contacto que se refleja en la publicación en la PLACE, serviciocontratacion@zaragoza.e) ha sido una petición de FCC, S.A. en el que dicen que en el listado de personal a subrogar de 25 de enero de 2019, el que se solicitó actualizado, se había detectado un error y faltaba un trabajador y que se publicase un nuevo listado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y otra petición de aclaración de URBASER, absolutamente obvia.*

*La falta de solicitud de aclaraciones a través de la Plataforma o del correo del Servicio de Contratación, éste último uno de los medios más habituales, tampoco es nada extraño, teniendo en cuenta que son pliegos similares a la*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*licitación anterior solo que incorporadas las aclaraciones de las preguntas ya realizadas en las tramitaciones anteriores y publicadas y la adecuación a los acuerdos del TACPA.*

*Sin perjuicio de lo anterior y dadas las maniobras dilatorias de la empresa FCC, S.A., dudamos de la voluntariedad o no de la ausencia de un trabajador en el listado. De hecho, en el correo electrónico dirigido por FCC, S.A., al Jefe del Departamento de Ecología Urbana, en fecha 24 de enero de 2019, se adjunta listado de personal a subrogar sin especificar los cambios y en el correo dirigido por el Jefe del Departamento de Ecología Urbana a FCC, el 25 de enero, y una vez que se estudia el listado remitido, se le pregunta a FCC el motivo por el que el número de trabajadores es superior al anterior listado de subrogación, el que se remitió en agosto de 2018 (en el correo por error se dice agosto del 2019 ya que como hemos dicho la petición se efectuó el 18 de enero). No hay contestación por parte de FCC».*

Dispone el artículo 138 de la LCSP cuya vulneración invoca la recurrente:

*«1. Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.*

*2. Excepcionalmente, en los casos que se señalan a continuación, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos. En ese caso el anuncio de licitación o la invitación a los candidatos seleccionados advertirán de esta circunstancia; y el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto de tramitación urgente del expediente a que se refiere el artículo 119.*

*El acceso no electrónico a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación estará justificado cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- a) *Cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan, en los términos señalados en la Disposición adicional decimoquinta.*
- b) *Por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.*
- c) *En el caso de las concesiones de obras y de servicios, por motivos de seguridad excepcionales.*

3. *Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.*

*En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».*

Así, el citado precepto recién transcrito trae causa de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de los artículos 2.1.13 y 53.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. El derecho a la información adicional que se contiene en estos preceptos tiene como fin garantizar el principio de libre competencia enunciado en el artículo 1 de la LCSP, de suerte que las ofertas puedan confeccionarse en estricto pie de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

igualdad y no discriminación. En caso de solicitar información adicional, ésta deberá ser facilitada en un plazo de seis días (o de cuatro, si se trata de expedientes de contratación de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada tramitados por urgencia, siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido, como sucede en el presente supuesto), al menos, anteriores a la fecha límite fijada para la presentación de ofertas –ex artículo 119.2.b).5º de la LCSP también– siempre que la solicitud se haya presentado con la antelación de doce días sobre la indicada fecha límite o aquella otra fijada en los pliegos.

Ahora bien, sentado lo anterior, la solicitud de información adicional cursada por la anterior adjudicataria –la mercantil “FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.”– que no la recurrente (aunque formen parte del mismo grupo empresarial, según ellas mismas reconocen y se demuestra por la aportación junto con el recurso del Dictamen analizado en el Fundamento de Derecho Cuarto que fue emitido a instancia de aquélla y no de ésta), constituye más bien una petición de corrección de error en el listado del personal a subrogar (publicado junto con el PPT) sobre el que “FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.” facilitó en su momento al Ayuntamiento de Zaragoza en su calidad de última contratista del servicio a fin de proceder a la nueva licitación, cuestión que responde más bien a su voluntad de exonerarse de responsabilidad frente al nuevo adjudicatario del contrato a quien –ex artículo 130.5 de la LCSP– se reconoce acción directa (ejercitable contra el anterior contratista) en caso de que los datos sobre costes laborales derivados del personal a subrogar fueran inexactos, todo lo cual conduce a acoger la tesis del órgano de contratación y desechar la de la recurrente.

Así las cosas, en una estrategia seguida por ambas empresas del mismo grupo, no sólo persiguen enmendar un supuesto error en la documentación contractual, al tratarse del listado del personal a subrogar que fue aportado en cumplimiento de lo establecido en el citado artículo 130 de la LCSP, obligación sobre la que este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse *in extenso* en el Acuerdo 72/2016, de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

14 de julio, con amplia cita de la Resolución 96/2015, de 30 de enero, del TACRC, en la que, en otras conclusiones, se señala «... a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa».

Por tanto, se trata de una información con la que han de contar todos los potenciales licitadores (y de toda la cual –cabe presumir– la ahora recurrente dispone de primera mano), sino que además ésta –dándole forma de solicitud de información adicional– pretende beneficiarse amparándose en la falta de respuesta por parte del órgano de contratación, el cual ha cumplido la exigencia que sobre él pesa de requerir dicha información según obra en el actuado.

Y ello, con independencia de que tal actuación pudiera considerarse correcta al no haberse planteado la solicitud de información con la mínima antelación que exige el artículo 138.3 de la LCSP (Resolución 146/2016, de 28 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), además de contravenir la regla del *‘Nemo auditur propriam turpitudinem allegans’*, tampoco justifica la nulidad del procedimiento de licitación, por cuanto que los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia que vertebran la contratación pública, de acuerdo con los artículos 1 y 132 de la LCSP, no se han visto afectados y, mucho menos, para la recurrente pues en ningún caso de la conducta del órgano de contratación se ha derivado que no haya podido elaborar su oferta en estricto pie de igualdad y no discriminación, al que antes se hacía alusión; antes al contrario, según todo lo ya expuesto.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En consecuencia, este motivo ha de decaer igualmente, y con él, el recurso en integridad.

**SÉPTIMO.-** Por último, ante las múltiples referencias que el órgano de contratación plantea a propósito de la utilización del recurso como práctica o maniobra dilatoria en la adjudicación del contrato, con mención expresa a la figura del abuso de derecho (para lo cual transcribe el tenor de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil), cabe analizar la eventual temeridad o mala fe en la interposición del presente recurso. Según el artículo 58.2 de la LCSP: *«(e)n caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. (...) Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública».*

Este Tribunal tiene establecido (valga por todos, su Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo, junto con los que en él se citan) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso.

Paralelamente, aunque la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría *per se* la imposición de la multa, su concurrencia debe apreciarse de modo patente y manifiesto, de tal manera que no exista duda alguna sobre que el ejercicio de su derecho por parte de la recurrente no se ha llevado a cabo legítimamente.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pues bien, a juicio de este Tribunal, una vez constatada la interposición del presente recurso invocando unos incumplimientos de una endeblez tal que ha llevado a su rechazo sistemático en todas y cada una de sus pretensiones, por mor de que, en gran medida, se trata de cuestiones –por mucho que no constituyan cosa juzgada, según se ha expuesto– sobre cuyo fondo ya existía un previo pronunciamiento (que la recurrente conocía o pudo conocer) en relación con las pretensiones y argumentación empleadas por ésta (Fundamento de Derecho Cuarto) así como, por lo que respecta a los motivos conocidos novedosamente en el presente Acuerdo (Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto).

Y de lo anterior se colige, acogiendo la posición del órgano de contratación, que ha sido interpuesto con claro uso abusivo y desproporcionado de los medios que la ley pone a disposición de la actora, fuera de toda medida, según la doctrina jurisprudencial acerca del abuso de Derecho que se condensa en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– de fecha 1 de febrero de 2006 (rec. nº 1820/2000), todo lo cual no atestigua sino la puesta en práctica de una conducta cuyo último fin no puede ser otro que el de alargar *ad eternum* la presente licitación (como queda en evidencia, palmariamente, con la aducción del motivo estudiado en el citado Fundamento de Derecho Sexto), lo cual pone de manifiesto que la recurrente ha obrado tanto de manera temeraria al basarse en una argumentación ya rechazada por este Tribunal, como con mala fe al interponer el recurso con una clara e inequívoca voluntad de dilatar la adjudicación del nuevo contrato, tal y como indica el órgano de contratación, conducta de la que resultan beneficiadas tanto la anterior adjudicataria del contrato como la recurrente (que forman parte del mismo grupo empresarial) mientras no recaiga nueva adjudicación.

Y ello, unido al grave perjuicio ocasionado no sólo al procedimiento sino también al interés público del contrato licitado, cuyo valor estimado es de 68.000.006,32 euros, así como desde el punto de vista de la calidad del servicio, habida cuenta de que en la redacción dada al PCAPE y al PPT figuran tanto criterios de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adjudicación como obligaciones sociales y medioambientales de carácter especial, de manera que la nueva adjudicación debe cumplir con los anteriores documentos, incluso mejorarlos en función de la oferta que resulte adjudicataria y, el hecho de que esta adjudicación se dilate en el tiempo merma, de forma indudable, la calidad del servicio y con ello, indefectiblemente, el interés general, beneficiando únicamente a la actual adjudicataria que continúa prestando el servicio sin la precisa cobertura legal, dado que –como apunta el órgano de contratación no puede ser interrumpido– siendo que el plazo de ejecución del contrato anterior concluyó a finales de diciembre de 2017; por ello, en atención a la actuación impugnada, así como a que la recurrente incluso llegó a interesar la suspensión cautelar del procedimiento licitatorio, conduce a este Tribunal a imponerle una multa cuyo importe se fija, por las razones recién apuntadas, en la mitad de la horquilla legal contemplada en el citado artículo 58.2 de la LCSP; es decir, en 15.500 euros.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

### III. ACUERDO

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial presentado por don J.J.J.L.O., en nombre y representación de la mercantil “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, contra el Acuerdo del Gobierno de Zaragoza, de fecha 31 de enero de 2019, por el que se aprueban los pliegos y demás documentación contractual que rige el procedimiento de licitación denominado «Conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes de la ciudad de Zaragoza (Sector I)», y se establece



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

plazo para presentar proposiciones en el mismo, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

**SEGUNDO.-** Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso por parte de la mercantil “FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.”, por lo que procede la imposición a dicha empresa de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, que se fija en la cuantía de 15.500 euros.

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

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.