Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 106/2021

Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por Dª MARIA DOLORES RANERA GÓMEZ en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente a los pliegos que rigen el contrato denominado «Servicio de limpieza viaria y la recogida y transporte de residuos domésticos de la ciudad de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de agosto de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el día 20 de agosto siguiente. Según figuraba en los citados anuncios, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 6 de octubre de 2021.

El día 30 de septiembre de 2021 se publicó –en la misma Plataforma- una ampliación del plazo de presentación de proposiciones hasta el día 21 de octubre de 2021, ante el gran número de consultas y aclaraciones acerca del procedimiento de licitación.

Se trata de un contrato de servicios, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 772 255 903,37 euros, IVA excluido.

Segundo.- Con fecha 9 de septiembre de 2021 fue interpuesto, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por doña “MARIA DOLORES RANERA GÓMEZ”, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza y como portavoz del Grupo Municipal Partido Socialista Obrero Español, frente a los pliegos que rigen el contrato anteriormente mencionado.

El recurso aduce, en síntesis:

a) Que los pliegos vulneran el artículo 99.3 de la 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) al considerar que la naturaleza y objeto del contrato requería la división en lotes para la prestación del servicio y discrepa de la justificación del órgano de contratación para la licitación en un único contrato.
b) Aprecian nulidad de la cláusula 21.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que establece el sometimiento a arbitraje designando como árbitros a uno o a varios de los miembros de la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza. Argumenta en su escrito –con apoyo en diversas sentencias y resoluciones- que el sometimiento de las controversias del contrato a arbitraje no es una previsión de la LCSP y debe ser anulada.
c) Finalmente, también son contrarios a los artículos 1 y 132 de la LCSP al considerar que algunos requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rigen el contrato, comportan un obstáculo a la igualdad de trato y libre competencia.

Por lo expuesto, interesa que, con la estimación de su recurso se anulen los pliegos que rigen la licitación de referencia y se acuerde la retroacción de las actuaciones a fin de volver a iniciar el procedimiento de contratación.

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

Tercero.- El día 13 de septiembre de 2021, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El día 15 de septiembre siguiente se recibió la documentación requerida. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto.

Cuarto.- Por otra parte, con fechas 17 y 24 de septiembre de 2021, se solicita por parte de don P.A.C., en representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ARAGÓN y don L.P.L., en representación del COMITÉ DE EMPRESA FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U., el reconocimiento como interesados en el procedimiento, y que se proceda a emplazar a dichas entidades para formular alegaciones.

A juicio de este Tribunal queda acreditada la condición de interesados en el procedimiento por lo que se les otorga trámite de audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, el cual fue evacuado con fecha 29 de septiembre de 2021 mediante escrito de alegaciones según el detalle que obra en el actuado, en cuya virtud, se oponen al recurso.

Quinto.- El día 11 de noviembre de 2021, se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. No se han recibido alegaciones.

Sexto.- Mediante Resolución 21/2021, de 12 de noviembre, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, se acordó la suspensión cautelar del procedimiento de licitación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de doña MARIA DOLORES RANERA GÓMEZ para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP

En cuanto a la legitimación, como concejal de un Grupo Municipal, ya ha tenido la oportunidad de manifestarse este Tribunal en los Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto, 38/2012, de 10 de septiembre y 117/2017 de 21 de noviembre, entre otras, en las que se mantiene un concepto amplio de legitimación, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la parte recurrente.

Cabe reproducir aquí a lo que se señaló en ese Acuerdo 117/2017 a este respecto:

«Esta interpretación amplia se extiende a los concejales, tal y como se ha admitido en nuestra doctrina en, entre otros, los Acuerdos 44/2012, 66/2013, y 79/2013, igualmente aplicada por otros Tribunales de recursos contractuales (por ejemplo, en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 280/2015, 548/2015 o 204/2017 entre otras). Criterio que fue cuestionado por el Ayuntamiento de Zaragoza mediante recurso jurisdiccional frente a nuestro Acuerdo 44/2012, y que ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, que ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los

concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés —e incluso obligación—-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

La legitimación para la interposición del recurso especial se encuentra regulada en el artículo 48 de la LCSP que dispone: «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*» y en el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que dispone en su artículo 24.6 que *«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados».*

El Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, mantiene de forma reiteradamente, por lo que se refiere a los miembros de las Corporaciones Locales, que «*existe una legitimación ex lege, que proviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para*

poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de bases de régimen local». Por ello, concluye el Tribunal Constitucional que «*el concejal, por su condición de miembro -no de órgano del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación*».

En el supuesto examinado y visto lo anterior, la persona recurrente goza de legitimación activa para la interposición del recurso ya que, según indica y así se constata, el acto por el que se aprueban los pliegos que son objeto de impugnación fue adoptado, por delegación, por la Sra. Consejera de Presidencia, Hacienda y Régimen interior, y por tanto no por un órgano colegiado del que formen parte los concejales.

SEGUNDO.- También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA y se dirige contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación de referencia, actuación susceptible de impugnación *ex* artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo.

El primero de ellos alega la vulneración del artículo 99 párrafo tercero de la LCSP, por considerar que la justificación existente en el expediente de contratación exigida en dicho precepto, es insuficiente e inadecuada.

Sostiene la recurrente que la naturaleza del contrato y su objeto resulta idónea para la división en lotes, que existes ciudades donde se observa la división en lotes de este tipo de contratos y que otros contratos formalizados por el mismo órgano de contratación que pueden considerarse análogos al presente, a juicio de la recurrente, han sido divididos por lotes. Asimismo, la recurrente analiza dos informes obrantes en el expediente cuyo objeto es precisamente justificar la no división en lotes del contrato, afirmando que ambos son «*abiertamente genéricos*» y en definitiva, que la motivación es insuficiente.

El órgano de contratación en su informe se opone al motivo expuesto y entre otros argumentos expone los siguientes:

«(..) cabe aludir a los informes obrantes en el expediente de contratación emitidos con fecha 23 de abril de 2020 por PWACS y por la Jefatura de la

Unidad de Limpieza y Residuos de 10 de mayo de 2021. Conforme a los mismos, los motivos que justifican que dentro de este nuevo contrato que no se hayan efectuado nuevas divisiones en lotes, más allá de las que acabamos de exponer, son los siguientes:

- Interconexión de las prestaciones de vaciado de los contenedores en sus distintas fracciones con un involuntario ensuciamiento de la vía pública.

- Previsión de incorporación en el Pliego de Prescripciones Técnicas de papeleras de reciclaje, cuyo vaciado y mantenimiento son propios de la prestación de limpieza viaria, cuya finalidad es la recogida selectiva, y por tanto ésta es propia de la prestación de recogida selectiva de los residuos.

- Disminución de costes consecuencia de compartir medios de ejecución del contrato, así como personales y materiales.

A tales efectos el informe emitido por la Jefatura de la Unidad de Unidad de Limpieza y Residuos de fecha 14 de septiembre de 2021 incide en este aspecto poniendo de manifiesto lo siguiente,

".. *Para la emisión del informe técnico de la Jefatura de Unidad, se realizaron con anterioridad análisis de la división en lotes entre la prestación de recogida de residuos y la de limpieza viaria.*

Al contrarío de lo señalado en el recurso, en ambos informes se justifica y motiva desde puntos de vista diferentes, técnico, operativo, funcional, económico y laboral, y por Jo tanto no se *utilizan consideraciones genéricas o estereotipadas.*

En concreto y desde el punto de vista económico se estimó que si se produjese esta división en dichos dos lotes, el incremento anual del contrato de costes de personal ascendería a *la cantidad de 671.483,02 €. Mientras que el incremento*

anual estimado de los costes de alquiler y mantenimiento ascenderían a la cantidad de 84.000 €..."

- *También se descarta la división en lotes territoriales considerando los análisis técnico, operativo y económico.*

De nuevo el informe de fecha 14 de septiembre de 2021 analiza detalladamente este aspecto, aclarando lo siguiente,

"... *Asimismo, se realizó un estudio en lotes territoriales. En dicho estudio se analizaron en concreto los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos urbanos de las ciudades de Madrid y Barcelona.*

Se estudiaron dos casos individualizados. Una primera hipótesis teniendo en cuenta la división en 2 lotes separados por el Río Ebro y una segunda hipótesis según un eje Norte/Sur.

Del análisis de las cifras resultantes, se desprendió que tanto en población como en generación de residuos, podría considerarse que las dimensiones y generación de residuos de 2 lotes diferenciados en Zaragoza, no justificarían tal división.

Asimismo la división natural del río generaría dos lotes muy desequilibrados en población y que la división mediante un eje Norte/Sur, más equilibrada, contaría con las limitaciones derivadas del cruce del río y pérdida de tiempo de trabajo en los desplazamientos.

Desde el punto de vista económico, se realizó un análisis económico, entre los supuestos de lote único y dos lotes territoriales, con una metodología de cálculo basada en la reasignación de determinados recursos a los lotes, determinar los costes y obtener la diferencia entre las dos alternativas

Desde el punto de vista económico, se realizó un análisis económico, entre los supuestos de lote único y dos lotes territoriales, con una metodología de cálculo basada en la reasignación de determinados recursos a los lotes, determinar los costes y obtener la diferencia entre las dos alternativas.

Del análisis comparativo de los costes de personal, se partió de la estructura de la plantilla obtenida en el estudio de dimensionamiento y se seleccionó las categorías profesionales más susceptibles de reorganización en el hipotético caso de la división en lotes, estableciendo las nuevas necesidades y calculando la diferencia entre la alternativa de división y la de no división. Se estimó una diferencia de 698.342,34 €.

En relación con los costes de mantenimiento y explotación, se realizó una selección de equipos, herramientas e instalaciones cuya dotación podría ser susceptible de redimensionamiento en el caso de dividir en lotes territoriales, resultando un incremento de costes de mantenimiento y explotación entre la opción de lote único y la opción de los lotes territoriales. También resultaba una diferencia de coste de alquiler y mantenimiento de instalaciones y una diferencia de los costes de amortización entre la opción de lote único y dos lotes territoriales..."

Consecuencia de todo ello, concluye el informe del Servicio Gestor que,

" .. . La conclusión final al tener en cuenta todos los costes, resultó que el incremento total de los costes derivados de la división en lotes frente al lote único, incluyendo gastos generales y beneficio industrial, se cifraba en 1.023.679,86 € al año, sin incluir /VA.

En el informe suscrito por el Jefe de Unidad de Limpieza y Residuos de fecha 10 de mayo de 2021, no se consideró necesario concretar con este nivel de detalle el informe técnico emitido..."

En consecuencia, a la vista de lo manifestado por el órgano de contratación, ya se puede adelantar que este Tribunal administrativo no comparte la apreciación realizada por la recurrente relativa a que la motivación de la falta de división en lotes sea insuficiente, inadecuada, genérica e imprecisa. Tal y como se puede observar con su mera lectura, los informes obrantes en el expediente de licitación justifican de manera adecuada la procedencia de no efectuar divisiones en lotes en este contrato, lo que queda reforzado por el informe de la Jefatura de Unidad de Limpieza y Residuos de 14 de septiembre de 2021.

En este sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 2001/2019, al respecto de una cuestión planteada en idénticos términos concluye lo siguiente, tras haber hecho una exposición general sobre la materia de la división en lotes:

"... *Los motivos válidos aducidos y justificados por el órgano de contratación en el expediente son organizativos, de control, de asignación de responsabilidades, aprovechar economías* a *escala, permitir la introducción de tecnología medioambientalmente sostenible, entre otros, siendo además algunos dichos motivos calificables entre los expresamente recogidos en como motivos válidos por el artículo* 99.3 *de la LCSP Existen pues motivos válidos adecuadamente justificados en el expediente como exige la LCSP y es por tan.to validado el pliego en este punto...*"

Por último y en relación al hecho de recurrir a la forma en que este contrato se ha configurado en otras ciudades, basta aludir al criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en su Resolución n.º 84/2020 señala lo siguiente,

"...Por ello, la no división en lotes se encuentra justificada en el expediente, constando explicación cumplida del porqué se licita en un único servicio. El hecho de que en otros lugares no sea así en anda afecta tampoco, ya que cada

órgano de contratación tiene autonomía y discrecionalidad técnica para decidir cómo se van a satisfacer mejor las necesidades a cubrir en los contratos. »

Los interesados comparecientes en el presente recurso a través del correspondiente escrito de alegaciones, se oponen al motivo analizado, en similares términos, en lo fundamental, a como hace el órgano de contratación.

Expuestos los términos en los que está planteado el debate, lo primero que debemos hacer es acudir al régimen legal de la división en lotes de los contratos, contenido en el artículo 99.3 de la LCSP que dispone lo siguiente:

«*Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conllevase el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del

mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.»

Pues bien, como acertadamente señala el órgano de contratación, la doctrina de los diferentes órganos de resolución de recursos contractuales considera que la decisión de dividir en lotes un contrato, y en su caso, la forma en que éstos se constituyan, forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, de acuerdo con las necesidades a satisfacerse. De tal manera que es una decisión sujeta también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, por lo que este Tribunal debe limitarse a comprobar si la justificación aportada por el órgano de contratación para no dividir en lotes su contrato es razonable y no arbitraria.

Pues bien, en el presente caso, existen en el expediente un informe técnico del organismo proponente del contrato, así como otro posterior elaborado con ocasión del presente recurso en el que se amplía o profundiza en los motivos dados en aquel, en el que justifica extensamente los motivos por los que entiende que la falta de división en lotes va a permitir servir para la finalidad que se pretende satisfacer con el contrato, con mayor eficiencia y eficacia.

Por tanto, no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en la justificación dada, habiéndose justificado la falta de división en lotes de forma suficiente, y coherente con la necesidad del contrato, aludiendo a motivos técnicos, organizativos y económicos, que se encuadran en los motivos válidos a que se refiere el artículo 99.3 de la LCSP, por lo que debe desestimarse el presente motivo.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso, la recurrente impugna la cláusula 21.3 del PCAP, la cual dispone lo siguiente:

«21.3.- Sometimiento a arbitraje.

Las partes del procedimiento de licitación, tras la adjudicación aceptan el sometimiento a arbitraje de las discrepancias.

Se designa como árbitros a uno o a varios de los miembros de la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza.

El plazo máximo de resolución del arbitraje será de 3 meses y la retribución se efectuará por partes iguales.

El árbitro, que podrá solicitar asesoramiento técnico de considerarlo oportuno, resolverá y dictará su preceptivo laudo en el plazo más breve posible atendiendo a lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la Ley de Arbitraje. El mismo fijará las costas (artículo 37.6 Ley Arbitraje).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje se recuerda la potestad del Árbitro de adoptar las medidas cautelares que se consideren oportunas y necesarias en relación al objeto del litigio. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente a instancia de cualquiera de las partes y a su costa.»

La recurrente en su escrito señala lo siguiente para defender su pretensión de que se anule dicha cláusula:

«*La Cláusula 21.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas ha impuesto el sometimiento a arbitraje de las discrepancias.*

Y, además, plantea designar como árbitros a uno o varios de los miembros de la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza.

La incorporación de esta previsión motivó que, por parte de la Intervención Municipal, en su informe de 29 de julio de 2021, se requiriera complementar la justificación jurídica de la misma.

Para ello, se aportó Informe emitido por un catedrático de la Universidad de Zaragoza, de fecha 30 de julio de 2021, con el que se pretende justificar el arbitraje.

3.1.- El sometimiento de las controversias del contrato a arbitraje no es una previsión de la LCSP.

El informe jurídico aportado desde la Universidad de Zaragoza parte del reconocimiento de que el sometimiento al arbitraje no se encuentra en la LCSP, y para integrar esta posibilidad realiza un análisis de la evolución legislativa, del que se acaba extrayendo la posición de que resulta posible legalmente.

Pues bien, no parece esa la postura que se vislumbra en la ***Sentencia del Tribunal Supremo de 20/12/2017*** *(Rec. 1715/2015), en la que claramente, a nuestro juicio, rechaza tal posibilidad con la amplitud que se ha pretendido introducir en la cláusula 21.3 del Pliego, cuando señala:*

"Esto no obstante, la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad. Esto es

así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (expresión gráfica de esta regla es, v.gr., el artículo 86 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, "siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción"). Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias susceptibles del mismo; como, de hecho, así se pactó -en el presente caso- en el convenio de 2003 que la recurrente tanto cita, pues, como resalta la sentencia de instancia, su cláusula 7ª preveía la resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la interpretación y aplicación del mismo mediante arbitraje, ahora bien, sólo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

Y esto que se acaba de decir también no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la

actuación discrecional (art. 9.3 CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1 CE). Toda actividad administrativa -también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve. Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado…"

Y como concluye el TS, si la eventual controversia sobre caracterización jurídica de un bien propiedad de una autoridad portuaria, como patrimonial o demanial no puede diferirse a arbitraje, por tratarse de una cuestión indisponible, entendemos que lo mismo acontece con las cuestiones relacionadas con la contratación pública. Las previsiones legales sobre las facultades interpretativas y directivas del órgano de contratación, junto con el detallado sistema de recursos y remedios establecidos en la norma, constituyen insalvables obstáculos a introducir una previsión de la naturaleza que nos ocupa.

Más contundente se mostró el ***Tribunal Suprior de Justicia (Sala Civil y Penal) del País Vasco, en su Sentencia de 15/11/2017*** *(Rec. 15/2017), en la que se expresa:*

Lo que resulta, indudablemente cierto, a tenor de lo establecido por el art. 320 LCSP (o el 39, que, como hemos dicho, lo mismo da a estos efectos), es que los entes, organismos y entidades del sector público que, a los efectos de la ley, tienen el carácter de Administraciones Públicas no pueden remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

Por lo tanto, nos encontramos ante una previsión que carece de cobertura legal, y ha de resultar anulada.

3.2.- Sobre la concreta fórmula de seleccionar como árbitro a la Universidad de Zaragoza, Cátedra de Contratación Pública Local y el posible conflicto de intereses que ello puede suscitar.

La Universidad de Zaragoza mantiene un convenio de Colaboración con el Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 19 de febrero de 2020 relacionado con la contratación administrativa, a fin de que, a través de la Cátedra de contratación Pública Local, pueda, entre otras actividades, asesorar al Ayuntamiento en la materia que nos ocupa.

La previsión de someter el arbitraje de las controversias de la contratación, precisamente, a la Cátedra de Contratación Pública Local de la propia Universidad que, participa, en la elaboración de los Pliegos, o cuya intervención sirve precisamente para la incorporación de la propia cláusula de sumisión de

arbitraje que, luego, se va a ocupar de resolver plantea un conflicto de intereses.

El artículo 64 de la LCSP se dedica, precisamente, a regular los posibles conflictos de intereses, y particularmente, su punto 2 señala:

"2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación."

Aun cuando pueda encontrarse fuera de toda duda el buen hacer de quienes, en cada momento, participen en la citada Cátedra, la situación originada no es deseable. En efecto, el hecho de que, quienes participan asesorando en pliegos al Ayuntamiento – en virtud de un Convenio- y, además, específicamente, justifican mediante una opinión doctrinal una posición jurídica que, en modo alguno, es pacífica, y que sirve soporta la motivación de incluir una cláusula de sometimiento a arbitraje, van a ser los destinatarios directos de los arbitrajes, nos conduce a una situación de posible conflicto de intereses, que no debe producirse, y que necesariamente debe revisarse.

Se acompaña como ***documento número 3*** *convenio de colaboración de 19 de febrero de 2020 suscrito entre el Ayuntamiento de Zaragoza y la Universidad de Zaragoza para la creación de la cátedra de contratación pública local de la Universidad de Zaragoza.»*

Por el contrario, el órgano de contratación sostiene la legalidad de la cláusula impugnada en su informe sobre el recurso, de la siguiente manera:

«Se alega por la recurrente la nulidad de la cláusula 21.3 del PCAP al entender que la previsión de una fórmula de arbitraje es contraria a la legislación vigente en materia de contratos, añadiendo el posible conflicto de intereses que se puede dar si las funciones de arbitraje las asume la Cátedra de Contratación Pública Local cuyos miembros participan en la elaboración de los Pliegos.

En cuanto a este motivo de recurso se incluyó en el expediente un informe jurídico elaborado por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, D. Gerardo Garcia-Alvarez al que nos remitimos y que se adjunta junto al resto de documentación que se envía a ese Tribunal.

En el mismo se indica en síntesis, que si bien la vigente LCSP no contiene una regulación del posible uso del arbitraje en los contratos públicos internos, ni siquiera alusión a esa posibilidad, sí la contempla para la «contratación en el extranjero», respecto a la que se establece legalmente que cuando la empresa sea extranjera el mecanismo preferente será la sumisión al fuero español y como alternativa, cuando lo anterior no sea posible, se preferirá a otras soluciones la sumisión a arbitraje como mecanismo de resolución de las controversias (disposición adicional 1.3 de la LCSP). Pone de manifiesto que en el reciente artículo 123 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, se ha establecido para ese ámbito contractual el arbitraje como un modo ordinario de resolución de conflictos, indicando igualmente que "El silencio de la legislación básica no ha ido acompañado de un silencio equivalente en las normativas autonómicas".

Recuerda la previsión específica contenida en la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en concreto el artículo 22 de la Ley 312011, de 24 de febrero. de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

incorporado por medio del artículo 33.6 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que bajo la rúbrica «Arbitraje» señala lo siguiente:

"Los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos".

Recordemos que este precepto, a diferencia de la redacción originaria de la Ley 3/2011, no ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional de lo que cabe inferir que la solución expresamente adoptada se considera compatible con la legislación básica en materia de contratación del sector público. En consecuencia concluye el Catedrático García-Alvarez que, en el ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos aragonesa existe una habilitación general para que cada poder adjudicador pueda adoptar la decisión de someter a arbitraje las cuestiones controvertidas que surjan de la ejecución de un contrato público. No obstante dada la vinculación a la legalidad de la Administración Pública, el arbitraje deberá necesariamente tomar la forma de un arbitraje de derecho, en ningún caso de equidad, y deberá referirse únicamente a los conflictos que puedan surgir a propósito de la ejecución de los contratos, no a las controversias que puedan surgir durante la tramitación del procedimiento de licitación o de la adjudicación del contrato. Estas últimas deberán canalizarse por los recursos administrativos y contencioso-administrativos previstos en la LCSP, lo que además viene impuesto por el Derecho comunitario para el recurso especial en materia de contratación en el caso de los contratos que en razón de su tipo contractual y cuantía están sujetos a regulación armonizada.

Por otra parte, la recurrente alude a jurisprudencia claramente inapropiada, en una de ellas se alude a un supuesto vinculado a la aplicación del arbitraje en

contratos patrimoniales y la otra alude a normativa no vigente, considerando que no son aplicables al presente supuesto.

Finalmente en cuanto a la forma de designación de los árbitros, se alega un posible conflicto de intereses basado en meras suposiciones, es decir, en un mero juicio de valor no contrastado.

La Cláusula 21.3 del PCAP dispone textualmente lo siguiente, "Se designa como árbitros a uno o a varios de los miembros de la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza" Tal referencia remite a personal de la Cátedra, sin que se concrete en sus directores tal y como parece entender la recurrente. Por ello, con base en esta cláusula se podrán designen como árbitros a un amplio elenco de profesores con conocimientos en materia de contratación y por tanto capacitados para esa función, y que a priori, no tienen vínculos ni con este poder adjudicador (Ayuntamiento de Zaragoza) ni con los licitadores.

Por tanto entendemos que se debe desestimar el recurso en este aspecto por los motivos acabados de indicar.»

Expuestas las posiciones de las partes, el debate se centra en una cuestión netamente jurídica, consistente en si es posible que el PCAP que ha de regir el procedimiento de licitación de un contrato administrativo, como el que es objeto de este recurso –contrato de servicios a celebrar por una Administración Pública, ex artículo 25.1.a) de la LCSP-, establezca que "*las partes del procedimiento de licitación aceptan el sometimiento a arbitraje de las discrepancias*" cuyo sentido, pese a su abstracción e inconcreción, cabe interpretar que pretende que las partes del contrato administrativo resuelvan mediante arbitraje las discrepancias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción del mismo.

La recurrente sostiene, en un primer argumento, que no es posible con la vigente LCSP acudir al arbitraje pues en ella se ha eliminado la previsión que se recogía en el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP) el cual señalaba que «(l)*os entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren»*. También el órgano de contratación se refiere a la ausencia de previsión específica de la posibilidad de atribuir a arbitraje la resolución de controversias, si bien extrae la conclusión contraria a la recurrente.

Lo cierto es que la consideración relativa a que dado que la LCSP ya no reconoce expresamente que aquellas cuestiones de la contratación pública sometidas a Derecho privado pueden ser dilucidadas en un arbitraje, permite deducir que el legislador español ha echado marcha atrás y establece la sumisión en todo caso, a los Tribunales para resolver las discrepancias surgidas de estos contratos, se ve reforzada por la introducción de la figura del responsable del contrato, que con arreglo al artículo 62 de la LCSP, y «(c)*on independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan.»*

No obstante lo anterior, el órgano de contratación, sostiene que la ausencia de tal previsión en la LCSP vigente, no es óbice para que pueda establecerse el

sistema arbitral, por varios motivos. En primer lugar, porque sí que se prevé la figura arbitral para la contratación en el extranjero, por mor de la Disposición Adicional Primera, según la cual «(e)*n los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje».*

Pues bien, lo primero que cabe apreciar sobre este argumento es que en la nueva LCSP se ha producido también un cambio a este respecto, pues de dicho precepto lo que resulta es que precisamente lo que se pretende es favorecer el sometimiento a los tribunales y que solo cuando no sea posible, se acuda al arbitraje, mientras en el TRLCSP se estableció la obligación de sometimiento a la jurisdicción de los Tribunales españoles de cualquier orden de todas las controversias surgidas en los contratos con empresas españolas y con empresas extranjeras cuando los mismos fueran a ejecutarse en España; pero, primaba la incorporación de cláusulas tendentes a recurrir a arbitraje en los contratos celebrados entre Administración y sociedades extranjeras, cuando fueran a ejecutarse en el extranjero. Por tanto, lo que precisamente se aprecia con la norma invocada es un cambio claro de tendencia contrario al arbitraje en materia contractual.

En segundo lugar, también se argumenta la existencia del Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que en su artículo 123 establece para ese ámbito contractual, el arbitraje como un modo ordinario de resolución de conflictos. Sin embargo, lo primero que cabe oponer a tal argumento es que según el artículo 5 de dicha norma «(*q)uedan excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la*

consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada ley, en todo caso.» por lo que esta norma no vendría a avalar la utilización del arbitraje para los contratos administrativos.

Más dilema jurídico plantea la previsión específica establecida en la legislación aragonesa, en el artículo 22 de la Ley 312011, de 24 de febrero. de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCPA) -incorporado por medio del artículo 33.6 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón- (transcrito con la reproducción del informe del órgano de contratación), que permite remitir a un arbitraje a «*los distintos poderes adjudicadores*» -sin excluir a los que no tengan el carácter de Administración Pública- sometidos a dicha ley, precepto que permite concluir al órgano de contratación –y el informe jurídico en el que se fundamenta- que en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y todo el sector público aragonés, la decisión de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la ejecución de los contratos corresponde al órgano de contratación, en todo caso y en todo contrato.

Cabe plantearse en primer lugar la aplicación de este precepto a las entidades locales aragonesas, puesto que el propio artículo se refiere a *«(l)os distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley*», lo que exige estar a lo dispuesto en el artículo 2, que en relación al ámbito de aplicación dispone lo siguiente:
«(e)sta Ley será de aplicación, en los términos y con el alcance que la misma determine, a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y a aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como a la Universidad de Zaragoza.
2. Las disposiciones contenidas en esta Ley referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón serán aplicables igualmente a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás

entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador, así como a las entidades contratantes recogidas en el artículo 3.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; e igualmente a las entidades que celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a que se refiere el artículo 17 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.»

Así, la primera duda surge respecto a la aplicabilidad de este precepto pues el mismo en rigor no puede considerarse que forme parte del régimen jurídico del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, pese a estar incluido o situado, en el capítulo relativo al mismo.

En cualquier caso, es preciso realizar un análisis más de fondo y realizar una interpretación sistemática, para determinar el alcance e interpretación del artículo citado. Lo primero que cabe señalar es que el precepto legal en cuestión se introdujo en el ordenamiento jurídico aragonés estando vigente el TRLCSP, y por tanto, su artículo 50, que con carácter básico, especificaba que podían acudir al arbitraje los poderes adjudicadores que no tuvieran el carácter de Administración Pública y para las diferencias que surgieran sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. Es decir, que por lo que aquí interesa, precisamente dicho artículo 50 lo que hacía era excluir expresamente el arbitraje para los contratos administrativos propiamente dichos, puesto que solo se permitía acudir al arbitraje a «*los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas*».

Por otro lado, el artículo 26 de la LCSP vigente, -con similar formula que el TRLCSP- establece que son contratos privados «*los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas*» y que, se regirán por la propia LCSP en cuanto a

su preparación y adjudicación, mientras que sus efectos y extinción se regulan por las normas de derecho privado, con arreglo al artículo 26.3 de la citada ley.

Así pues, el artículo 50, hoy desaparecido de la normativa contractual, lo que hacía era establecer la posibilidad de someter a arbitraje –mecanismo de Derecho Privado- cuestiones o controversias de Derecho Privado, excluyendo a los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas.

Ya podemos adelantar que esta es la perspectiva desde la que este Tribunal entiende que debe ser interpretado el artículo 22 de la LMMCPA, es decir, que en ningún caso, pueden someterse a arbitraje los efectos y extinción de los contratos administrativos.

Asimismo, la interpretación sistemática de dicho artículo 22 requiere acudir también a otros preceptos de la LCSP, que vienen a reforzar dicho parecer.

Así, el artículo 27 dispone que *«(s)erán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:*

a) Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.»

Mientras que según el mismo precepto, e*l orden jurisdiccional civil será el competente para resolver:*

a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

También cabe atender a que, en relación a la efectos y extinción de los contratos administrativos, la LCSP, bajo la rúbrica «*Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos»,* establece lo siguiente:

«Artículo 190. Enumeración.

Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. (..)

Artículo 191. Procedimiento de ejercicio.

1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195.

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.
c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.
4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos»

Además es clara la voluntad del legislador en orden a garantizar el respeto de tales prerrogativas, como se aprecia en la creación de un órgano específico con el objeto de hacerlo efectivo, pues el artículo 332.6 LCSP atribuye a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación la función de «(v)*elar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.»*

Así, la regulación en materia de contratos públicos atribuye unas prerrogativas a la Administración en atención al interés general. Y el ejercicio de las mismas está supeditado a un procedimiento y unos requisitos que se establecen en garantía tanto del interés general, como del contratista y cuyo resultado está sujeto al control judicial ordinario, en orden a garantizar la tutela judicial efectiva.

De esta manera, acudir al sistema arbitral en relación a los efectos y extinción en los contratos administrativos celebrados por las administraciones públicas,

como en el presente caso, conlleva la elusión de los preceptos recién transcritos, con renuncia por parte de la administración contratante a las prerrogativas establecidas en el artículo 190 de la LCSP, lo cual es contrario al interés general, pues éstas están establecidas precisamente en garantía del mismo, así como la renuncia por parte del contratista a la tutela judicial efectiva, pues el sistema arbitral impide el conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios.

Pues bien, a juicio de este Tribunal este régimen legal constituye Derecho imperativo de cuya vigencia y operatividad la Administración no puede disponer, sin que quepa por tanto hacer renuncia de las potestades administrativas ni sustraer el resultado de su ejercicio al necesario control judicial sin menoscabo para el interés general y el particular del contratista.

Es preciso en este punto reproducir parte del Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 2039/2017, de 20 diciembre, que acertadamente invoca la recurrente en su escrito, incluso con mayor amplitud a como lo hace ella pues da la visión de conjunto que permite afirmar que el arbitraje no es posible en la relación jurídica de Derecho Público (los efectos y extinción de los contratos administrativos lo es) y que incluso en la de Derecho Privado hay un fondo de Derecho Público indisponible sobre el que tampoco es posible el arbitraje.

«Al contrario, con carácter general, el desenvolvimiento del arbitraje en la relación jurídica de Derecho Público tropieza con un obstáculo difícilmente salvable cuando se enfrenta a los principios de legalidad e indisponibilidad de las potestades administrativas. La Administración Pública, vinculada constitucionalmente a una regla de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts. 9, apartados 1 º y 3 º, y 103 CE (RCL 1978, 2836)) no puede disponer ni

transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan.

Es en este sentido como deben interpretarse las distintas normas que han venido introduciendo el arbitraje en el ámbito del Derecho Administrativo, como cauce de resolución de controversias alternativo al recurso jurisdiccional contencioso-administrativo. Centrándonos en las normas más recientes, la Ley 47/2003 (RCL 2003, 2753) , General Presupuestaria, en su artículo 7.3 , dispone literalmente lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley , no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno".

Y en similares términos, el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (RCL 2003, 2594), de Patrimonio de las Administraciones Públicas (sobre el que volveremos infra), establece que:

"No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno"

Plasmando así lo que puede considerarse una regla general que sólo ha admitido excepciones puntuales.

Cierto es, no obstante, que la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 (RCL 2007, 1964) preveía en su artículo 39 (luego artículo 320, tras la reforma operada por Ley 34/2010 (RCL 2010, 2268) una cláusula de arbitraje en los

siguientes términos:

"Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3010), de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren"

Manteniéndose la misma redacción en el artículo 50 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pues bien, partiendo de la caracterización de las "Administraciones Públicas" del artículo 3.2 de la misma Ley contractual, puede aceptarse que no son "Administraciones públicas" a efectos de dicha Ley las entidades públicas empresariales y las sociedades públicas, esto es, lo que se entiende habitualmente se entiende por sector público empresarial, en el que se incluye la entidad Puertos del Estado y las Autoridades portuarias. Desde esta perspectiva, a las autoridades portuarias les resulta extensible esa posibilidad de someterse a arbitraje, y de hecho así lo ha confirmado la Orden FOM 4003/2008 por la que se aprueban las Normas y Reglas Generales de los procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, que tras señalar que " los contratos celebrados al amparo de la presente Orden tendrán la consideración de contratos privados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contratos del Sector Público", precisa en su regla 45.4º, referida a las reclamaciones y recursos, lo siguiente:

"4. En todo caso, la solución de las controversias se podrá someter a arbitraje si así se prevé en los pliegos y en el documento contractual".

Esto no obstante, la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y

más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar costreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad.

Esto es así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (expresión gráfica de esta regla es, v.gr., el artículo 86 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477), de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, "siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción").

Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias susceptibles del mismo; como, de hecho, así se pactó -en el presente caso- en el convenio de 2003 que la recurrente tanto cita, pues, como resalta la sentencia de instancia, su cláusula 7ª preveía la resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la interpretación y aplicación del mismo mediante arbitraje, ahora bien, sólo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

Y esto que se acaba de decir también no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3 CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1 CE). Toda actividad administrativa -también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado- se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado.»

Así, el propio principio de legalidad parece impedir aceptar esta figura para la resolución de conflictos en la contratación pública cuando una de las partes es la Administración.

En cualquier caso, resulta claro que se puede someter a arbitraje aquellas

controversias que coincidan con la disponibilidad de su objeto para las partes. Por ello, no es factible el arbitraje en el campo del Derecho administrativo, por cuanto el fin de la actuación de los entes públicos es el interés general y una vía alternativa a la judicial evitaría además el control de la legalidad de las actuaciones administrativas por Jueces y Tribunales.

Así pues, como en el supuesto de la sentencia del Alto Tribunal recién reproducida, nos hallamos ante unas potestades administrativas indisponibles, cuyo ejercicio y resultado, no pueden abandonarse al juicio de un árbitro, sino que una vez ejercitadas por la propia Administración, únicamente podrá discutirse, en su caso, ante la Jurisdicción ordinaria y por los cauces impugnatorios oportunos.

Y, por tanto, a juicio de este Tribunal, la única interpretación acorde con la distribución constitucional de competencias que cabe dar al artículo 22 de la LMMCPAP, es que el ámbito subjetivo del mismo son los poderes adjudicadores no administración pública. Por tanto, dicho precepto no constituiría una habilitación legal para poder establecer el sistema arbitral en el contrato objeto del procedimiento de licitación aquí impugnado y la cláusula 21.3 sería disconforme a Derecho.

Esta conclusión hace que ya sea innecesario entrar sobre la cuestión denunciada por la recurrente relativa a la existencia de un conflicto de intereses, prohibida por el artículo 64 de la LCSP, derivada del hecho de que en la Cátedra de la Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza se elaboró el PCAP, según consta en el expediente administrativo (Doc pdf 13.- Acta de 16 de julio de 2021), en el cual se establece el sistema arbitral y se residencia su nombramiento en uno o varios miembros de la misma.

Por otro lado, la cláusula 21, -se impugna su apartado tercero- señala en su apartado primero que el competente para resolver las cuestiones que se

susciten sobre los efectos y extinción del contrato será el contencioso-administrativo, por lo que siendo el arbitraje un modo de exclusión de la vía judicial, es claro que el apartado tercero resulta contradictorio con el primero.

Por tanto, puede afirmarse que la controversia aquí suscitada trae causa de la redacción contradictoria de los pliegos, de manera que cabe afirmar que los pliegos contienen un error y es preciso determinar qué efectos ha de tener dicha contradicción en el presente caso.

En este sentido, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras ocasiones sobre la existencia de errores y contradicciones en los pliegos y se han resuelto mediante una interpretación lógica y sistemática.

En este caso, la interpretación sistemática, en el contexto del ordenamiento jurídico, tal y como se ha analizado, determina la prevalencia del apartado primero sobre el tercero y aun cuando ha quedado constatada la irregularidad del pliego, sin embargo se considera que la contradicción denunciada constituye un error o irregularidad no invalidante del pliego, pues es superable, teniendo por no puesta –declarando su nulidad- la regla tercera de la citada clausula sin que concurran circunstancias que puedan oponerse a tal solución conveniente para el interés general.

Y ello en primer lugar, porque la anulación de dicho apartado no plantea ningún déficit regulatorio, al contrario, la cláusula aun sin el apartado tercero, recoge completo el régimen de recursos conforme y tal y como se establece en la LCSP.

En segundo lugar, porque no se aprecia en modo alguno que haya habido vulneración a los principios de igualdad, concurrencia competitiva y de proporcionalidad, pues no ha impedido concurrir a ningún licitador a la licitación

ni producido perjuicio alguno a la hora de confeccionar las oferta ni ha condicionado su contenido, licitadores que además, ven incrementada la garantía de la tutela judicial efectiva y que tienen un indudable interés en que continúe el procedimiento de licitación ya iniciado.

En tercer lugar, pero al mismo nivel de trascendencia, de este modo también se ve satisfecha la pretensión de la recurrente cuya finalidad es que el pliego impugnado se adecúe al ordenamiento jurídico, pues tal interés es el que justifica y da sentido a su legitimidad para interponer el presente recurso y no tanto el de obtener una anulación del mismo y una retroacción de actuaciones.

Por todo ello, procede estimar el presente motivo del recurso y declarar la nulidad del apartado tercero de la cláusula 21, teniéndola por no puesta, manteniendo la validez de los dos primeros apartados de la citada cláusula y pudiendo continuar válidamente, el procedimiento de licitación.

CUARTO.- Por último, y como tercer motivo del recurso, en el escrito de recurso se manifiesta lo siguiente:

«El capítulo 6 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas se dedica a determinar las instalaciones fijas que van a requerirse para prestar el servicio.

Para ello, se han utilizado la misma descripción que planteaban los pliegos de 2007, cuya copia se acompañan como documento n.º 4, de forma que sitúa a la entidad que está prestando el servicio de una posición de notable ventaja frente a cualquier otra entidad que pudiera tener interés en participar.

Y, sin perjuicio de que la Administración pueda considerar que la actual configuración de las instalaciones fijas a que se refiere puede resultar

adecuadas, no se encuentra justificación a que tenga que ser esa, tan concretamente, la configuración que ha de presentar los licitadores.

Y no nos referimos a los criterios a que deba responder la configuración de tales instalaciones, sino al encorsetamiento – injustificado- que comporta señalar determinadas prescripciones, cuando éstas no responden a una auténtica necesidad o puede cumplirse de forma alternativa sin que el servicio se resienta. Y que tienen que ver, en gran medida, con la capacidad de autoorganización de las empresas. Pero que, al establecerlas imperativamente están ocasionando, por un lado, la dificultad grave de que otros licitadores puedan presentarse y, como hemos avanzado, otorga una privilegiada posición a quien actualmente dispone de tales medios por encontrarse prestando el servicio. Y así, el disponer de "una" superficie vallada de 25000 m2 con pantalla vegetal y la correspondiente zona verde. Pues bien, disponer de parcelas de tales características de superficie y uso puede resultar muy difícil, y sin embargo en emplazar las instalaciones del parque-taller principal en parcelas diferentes, no tiene porqué resentir la prestación del servicio, y puede responder a una mejor organización que la actual. Y que, necesariamente el vallado deba presentar determinadas características y no otras, tampoco parece responder a una necesidad, pudiendo dar cumplimiento a los principios ambientales de muy diferentes formas.

Lo mismo ocurre con los parques secundarios, y los pretendidos 1000 m2 de superficie útil que se plantean, cuando la configuración y características no deben resultar rígidas, siempre que se justifique una organización del servicio correcta y eficiente. Al contrario, la disposición de diferentes emplazamientos puede permitir cumplir de mejor forma con los principios rectores generales, evitando desplazamientos, disponiendo de alternativas en caso de que aparezcan problemas en uno de ellos, etc.

Pues bien, tales requerimientos, comportan un innecesario obstáculo a la

igualdad de trato y libre competencia, consagrada en el artículo 132 LCSP».

Frente a ello el órgano de contratación en su informe opone lo siguiente:

«Se alega por la recurrente infracción de los principios de libre competencia y concurrencia a la vista de las condiciones impuestas a algunas de las instalaciones vinculadas al contrato, en concreto las relativas al parque-taller principal y a los parques secundarios, entendiendo que los requisitos de superficie de los mismos y por tanto la imposibilidad de estas instalaciones en parcelas con diferente tamaño constituye un obstáculo para la igualdad de trato y otorga una posición privilegiada para la actual prestadora del servicio.

Dispone el artículo 28.1 de la LCSP que "Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

De acuerdo con esta previsión corresponde única y exclusivamente al órgano de contratación determinar las características y requisitos de las prestaciones, siempre que las mismas respeten los principios que han de regir las licitaciones públicas, y entre ellos los de proporcionalidad, no discriminación y libre competencia y concurrencia.

Así lo ha puesto de manifiesto este Tribunal al que nos dirigimos que en su Acuerdo n.º 67/2018, donde señaló lo siguiente,

"... Hay que partir del hecho de que es al órgano de contratación, y no al

licitador. al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacer/os (artículo 22.1 del TRLCSP). Así lo ha manifestado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 621/2017, de7 de julio, en la que cita la Resolución 688/2015, señalando que:

«La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica. por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad".

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación».

A mayor abundamiento, procede traer a colación la reciente Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 158/2018, de 1 de junio, en la que a este respecto se señala que

«Pues bien, para abordar el extremo impugnado, hemos de partir de la premisa, ya puesta de manifiesto en nuestras Resoluciones, entre otras, en la 341/2016, de 29 de diciembre, en la 203/2017, de 13 de octubre, o en la más reciente 109/2018, de 25 de abril, de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración

y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las entidades licitadoras, puesto que estas no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas lo cual solo compete al órgano de contratación. sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación»

Mismo criterio recogido en su reciente Acuerdo n.º 48/2021,

"... la resolución del presente motivo requiere partir de la base de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, así como la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo (artículo 22.1 de la LCSP) y que, en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación expresamente en el informe emitido con ocasión del presente recurso indica que son éstas, precisamente, las funcionalidades y exigencias técnicas que pretende hacer cumplir ...

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en· su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que, citando la Resolución 688/2015, afirma que:

«(l)a determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos. dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o

irracionalidad. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación». Y añade más recientemente dicho Tribunal administrativo, sobre la posible vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP -correlativo al vigente artículo 126.6 de la LCSP- , en su Resolución 143/2018, de 9 de febrero:«(c)uestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas a arezcan adecuadamente justificadas debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y las características de los productos o prestaciones que las satisfacen».

También la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de fecha 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15), incide en el amplio margen de que disponen los poderes adjudicadores para determinar los elementos a tener en cuenta de cara a la adjudicación del contrato, siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Este criterio lo ha mantenido este Tribunal en el Acuerdo 86/2017, de 24 de julio, en el que además también se razona que: «(e)n todo caso, y respetando los principios de la contratación pública (139 TRLCSP), y en especial, el principio de igualdad de trato, que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (por todas, STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizza), debe volver a recordarse que el órgano de contratación goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen. Y así se ha señalado en nuestros Acuerdos 91/2015 y 5612016 (criterio que igualmente sostiene el Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 115/2011 y 83/2012 al recordar la existencia de discrecionalidad técnica para decidir el objeto de la prestación)» ...

En idénticos términos se ha manifestado en otros de sus Acuerdos como los nº 37/2018, 38/2018, 85/2019, o 38/2020.

Vista la doctrina sentada por nuestro Tribunal, procede en este momento considerar lo informado por la Jefatura de la Unidad de Limpieza y Residuos de fecha 14 de septiembre de 2021 en el que se justifican estas condiciones técnicas en los siguientes motivos,

"... En relación con la tercera cuestión, cabe señalar en relación con las instalaciones fijas requeridas para la prestación del servicio, que si bien se han detallado descripciones similares a las que figuraban en los pliegos técnicos del año 2007, ha sido porque se considera que son las necesarias para el desarrollo del contrato.

Disponer de las parcelas o superficies solicitadas, no es ningún problema para las empresas que licitan un contrato de esta envergadura.

En el Parque Taller Principal, se debe disponer de las oficinas centrales del contrato, de los aparcamientos de los vehículos pesados y otros que lo precisen, de aparcamientos para operarios y visitantes, de locales anexos para áreas de lavado, taller de reparaciones de vehículos, almacenamiento de contenedores y papeleras en stock, almacenes de repuestos, materiales, lubricantes, pinturas, componentes y ruedas. Asimismo deben disponer de vestuarios y aseos para el personal, diferenciando personal masculino y femenino. También debe constar de estación de engrase de vehículos y talleres donde se repararán y mantendrán los vehículos y maquinaria.

Asimismo y como novedad respecto del contrato anterior debe realizarse la instalación de una estación de suministro de GNC.

No procede ninguna división de parcelas, porque todos los vehículos deben reponer combustible diariamente en el Parque Principal, para evitar pérdidas de tiempo, garantizando eficacias y rendimientos necesarios en este contrato. Lo mismo podría señalarse respecto del taller donde se repararán y mantendrán los vehículos y maquinaria, siendo necesario que se ubique donde se alojan los vehículos para evitar traslados innecesarios y pérdidas de tiempo.

Cabe señalar que se ha previsto en el PPT, una fase de puesta en marcha desde la formalización del contrato de 10 meses, plazo previsto para el inicio de la prestación efectiva de los servicios. Tiempo que se considera suficiente para la puesta en marcha del mismo, que comprende entre otras actuaciones, la puesta en marcha de todas las instalaciones fijas, el suministro de vehículos, materiales y contenedores, la puesta en marcha de todos los controles calidad del servicio, etc"

En consecuencia queda acreditada que la exigencia de unas instalaciones con determinadas dimensiones responde a una necesidad justificada en el sentido de reducir los tiempos de traslados de los vehículos que deben repostar en las

instalaciones de la nave principal, así como garantizar una mejor reparación y mantenimiento de los vehículos dado que el servicio de taller se ubica en la misma instalación donde éstos se aparcan. Por último y sobre la posibilidad de que con estas condiciones se beneficie especialmente a la empresa actualmente prestadora del servicio, hay que recordar que tal y como informa el Servicio Gestor, la cláusula 1.5.1 del PPT fija un plazo para la puesta en marcha de 1O meses a contar desde la formalización del contrato, y por tanto para la disponibilidad de estas instalaciones fijas, lo que se considera un plazo suficiente razonado para que la adjudicataria ponga a disposición del contrato las instalaciones indicadas en las condiciones acabadas de justificar.

En consecuencia el competente para definir las necesidades del contrato y por tanto los medios técnicos para su prestación del Servicio es el órgano de contratación, exigencias que tal y como se indica en el informe de la Jefatura de la Unidad de Limpieza y Residuos son las imprescindibles para poder prestar este servicio, estableciendo los plazos adecuados para que cualquier licitador pueda ejecutar el contrato. Por tanto no compartimos el motivo del recurso ya que en modo alguno hay restricción a la competencia, debiendo desestimarse el mismo.

Pues bien, la resolución del presente motivo requiere partir de la base, como acertada y detalladamente ha expuesto el órgano de contratación en su informe, de que es precisamente al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, así como la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo (artículo 22.1 de la LCSP).

Y en el caso que nos ocupa, dicho órgano, además de la justificación obrante en el expediente administrativo, expresamente en el informe emitido con ocasión del presente recurso indica que son éstas, precisamente, las funcionalidades y exigencias técnicas que pretende hacer cumplir.

Así, en virtud de la doctrina transcrita no se puede concluir que con la definición que se ha hecho del objeto de la prestación y sus características, el principio de igualdad ni el de concurrencia han sido conculcados, al no haberse acreditado, de un lado, los extremos que invoca la recurrente ni apreciado, de otro, la voluntad de primar determinadas empresas o productos –por parte del órgano de contratación– a la hora de establecer las prescripciones técnicas que rigen la licitación. Consecuencia de lo anterior debe ser la desestimación del presente motivo del recurso.

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 mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por “MARIA DOLORES RANERA GÓMEZ” en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente a los pliegos que rigen el contrato denominado «Servicio de limpieza viaria y la recogida y transporte de residuos domésticos de la ciudad de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión cautelar decidida mediante Resolución 21/2021, de 12 de noviembre, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Notificar el presente 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.