



Expediente 63/2019

Materia:

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Manzanares El Real ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El objeto del Contrato es la ejecución de la prestación de servicios y suministros energéticos sobre las instalaciones del alumbrado exterior del Ayuntamiento de Manzanares El Real, mediante una actuación global e integrada, que tiene como finalidad ceder el uso y explotación de las instalaciones de alumbrado público exterior del Ayuntamiento de Manzanares El Real a una Empresa de Servicios Energéticos para cubrir las siguientes prestaciones, en los términos previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas:

Prestación P1 - Gestión Energética: gestión energética, administrativa y explotación necesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato; incluida la gestión del suministro energético de las instalaciones de alumbrado, control de calidad, cantidad y uso, y garantías de aprovisionamiento. Esta prestación incluye los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto del contrato.

Prestación P2 - Mantenimiento: mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento, rendimiento y limpieza de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes, todo ello de acuerdo con las prescripciones de la ITC-EA-06 del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior, o norma que lo sustituya.



Prestación P3 - Garantía Total: reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones según se regula en este Pliego bajo la modalidad de Garantía Total.

Prestación P4 - Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones de alumbrado público y semafórico: ejecución y financiación de obras de mejora, y renovación de las instalaciones, que a propuesta del Ayuntamiento de Manzanares El Real se especifican en el PPT. Estas obras deben ser compatibles en todo momento con el desarrollo de la actividad normal del alumbrado, permitiendo el funcionamiento de las instalaciones actuales hasta la puesta en marcha de las nuevas. El resultado final de las modificaciones propuestas se ajustará a la normativa vigente, debiendo entregarse una vez legalizadas por la autoridad competente. Las obras de mejora y renovación contempladas en la Prestación P4 serán ejecutadas en base a los preceptos del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior aprobado por Real Decreto 1890/2008 de 14 de noviembre.

Las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato son la gestión energética y explotación de las instalaciones de alumbrado público, incluido el suministro, de acuerdo con el PPT y el objetivo que se persigue mediante este contrato es garantizar un ahorro energético mínimo del 35 % respecto a la energía final consumida actualmente en las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Manzanares El Real, sin reducir las condiciones de confort y seguridad de los usuarios, mediante la prestación de servicios energéticos en los términos previstos en el pliego de prescripciones técnicas.

Tramitación: ordinaria. Procedimiento: abierto Sujeto a Regulación Armonizada

El presupuesto máximo del contrato para la ejecución de las prestaciones P1, P2, P3 y P4, asciende a la cantidad anual de 243.882,18.-Euros, IVA no incluido. A todos los efectos se entenderá que en las ofertas que se presenten estarán incluidos todos los gastos que el Adjudicatario deba realizar para el cumplimiento de las prestaciones



contratadas, es decir para la Gestión Energética (P1), el Mantenimiento (P2), la Garantía Total (P3) y las Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones de alumbrado público y semafórico (P4).

Asimismo, el presupuesto también comprende gastos como son los generales, de administración, financieros, beneficios, seguros, transportes y desplazamientos, honorarios de personal técnico a su cargo, de comprobación y ensayo, tasas y toda clase de impuestos, tanto municipales, provinciales, como estatales. El impuesto sobre el valor añadido se consignará en la oferta económica separadamente del precio ofrecido que constituirá su base imponible, entendiendo que en ningún caso la suma del precio más el impuesto sobre el valor añadido podrá superar el presupuesto de licitación.

PRESUPUESTO ANUAL 243.882,18.-€

IVA (21%) 51.215,26.- €

TOTAL PRESUPUESTO ANUAL 295.097,44.- €

DURACIÓN DEL CONTRATO 15 AÑOS

PRESUPUESTO MÁXIMO DE LICITACIÓN 4.426.461.- € (15 AÑOS) IVA incluido

CUESTIONES:

1. Con fecha 31 de Julio de 2019 una de las empresas licitadoras, realiza “alegaciones” al acta de la mesa de contratación de fecha 21 de mayo de 2019 y 30 de mayo de 2019, solicitando que se proponga a su empresa como adjudicataria, al haberse visto perjudicada por la valoración de un miembro de la mesa que no posee titulación y conocimientos técnicos, según su criterio, y que se apartó para su valoración del Informe el ingeniero técnico que asistía la mesa de contratación técnico emitido para la valoración de las licitaciones



PREGUNTA: ¿Es necesario dar respuesta a las “alegaciones” realizadas a un acta de una mesa de contratación ya que, si se considera que se trata de un acto de trámite, no sería recurrible puesto que no pone fin a la vía administrativa? ¿Se debe dar respuesta a la solicitud teniendo en cuenta que el argumentario de la misma se basa en cuestionar la capacidad técnica de un concejal que forma parte de una mesa de contratación y que por tanto tiene capacidad de voto independiente?

2. Durante el periodo de tramitación de la contratación se han realizado actuaciones que estaban incluidas en el proyecto que sirvió de base para redactar los PPT y que es el proyecto que rige la contratación, por importe de 36.441,00€, por necesidades sobrevenidas de mantenimiento del alumbrado publico

PREGUNTA: ¿Cuál es el procedimiento adecuado para minorar el importe de 36.441,00€ ya abonado de las luminarias sustituidas y que forman parte del proyecto que sirve de base para el PPT y por tanto para la licitación, para que no exista duplicidad en el pago una vez adjudicado el contrato?

Se plantea la duda de si se puede variar el canon establecido en este punto de la tramitación del expediente minorando esos 36.441,00 € (la última actuación realizada en el seno de la licitación es la propuesta de adjudicación por la mesa de contratación con fecha 30 de mayo de 2019, previa a la adjudicación por Pleno del contrato)

Si la respuesta es afirmativa, ¿de qué forma se minoraría?

¿Cabría la posibilidad legal de hacer esa modificación del canon? ¿o se consideraría que se modifica de forma sustancial el contrato y uno de sus elementos esenciales en pleno proceso de licitación?

Si la respuesta es negativa, ¿de qué forma se podrían compensar esos 36.441,00€ para que no existiera duplicidad en el pago?



Por último, la mesa de contratación ahora estaría compuesta por otros miembros dado que ha cambiado la corporación local tras las elecciones locales. Habría que formar una nueva mesa de contratación, con nuevos miembros, por lo que ¿habría que modificar los Pliegos de Cláusulas Administrativas que es donde se detallaba la composición, por el órgano competente, que en este caso es el Pleno?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La primera cuestión que nos plantea la entidad consultante es si resulta necesario dar respuesta a unas alegaciones realizadas a un acta de una mesa de contratación en la que se recoge la valoración de un informe sobre aspectos técnicos de las proposiciones de los licitadores.

Antes de responder a esta cuestión conviene recordar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de



noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

Por tanto, es preciso reconducir la primera cuestión a los términos generales que nos compete resolver y prescindir del análisis de las cuestiones particulares del expediente de contratación por el que se nos consulta.

Bajo esta premisa cabe señalar, como punto de partida, que esta Junta no ha tenido acceso a las alegaciones en cuestión, por lo que no podemos conocer su íntegro contenido.

En segundo lugar, también es necesario señalar que si verdaderamente se trata de unas alegaciones presentadas frente a un acto de la mesa de contratación en el que ésta se limita a valorar un informe técnico y éste fuera su único contenido, tal acto no puede considerarse incluido dentro de aquellos que el artículo 44 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 (LCSP) considera recurribles, pues no tiene la consideración de acto de trámite cualificado a los efectos del apartado 2 b) del citado precepto.

Consecuentemente, resultaría de aplicación lo dispuesto en el apartado 3º del mismo artículo 44 LCSP en que se indica que los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados como recurribles *“podrán ser puestos de manifiesto por*



los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.” Este criterio es el recogido de forma constante por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, en su Resolución 81/2015 o en la Resolución 122/2014, de 28 de marzo.

Tampoco parece que se pueda hablar en este caso de una solicitud de aclaración, en la medida en que el licitador solicita que le sea adjudicado el contrato.

2. La segunda de las cuestiones que se nos plantea alude al hecho de que durante la licitación se han realizado y pagado varias actuaciones que estaban incluidas en el proyecto que rige la contratación, y todo ello por causa de necesidades sobrevenidas de mantenimiento del alumbrado público. No se alude a la forma ni al título jurídico por cuya virtud se ha realizado tal actividad.

Ante esta circunstancia se nos cuestionan varios aspectos que pueden reconducirse a uno sólo como es si legalmente es posible variar el canon establecido en el pliego, teniendo en cuenta que la última actuación realizada en el seno de la licitación es la propuesta de adjudicación del contrato y, de ser posible, cómo se haría esta variación.

Antes de contestar esta cuestión hemos de señalar que, conforme se indica en la consulta, el órgano de contratación durante la licitación del contrato y antes de que ésta finalice ha realizado actuaciones que suponen la ejecución y pago de parte de su objeto. Desconocemos la forma en que se ha producido tal ejecución pues la entidad consultante no nos ha proporcionado datos al respecto.

En cualquier caso, esta Junta Consultiva considera que tal actuación de ejecución de parte del contrato realizada antes de su formalización constituye una patente infracción del procedimiento de selección del contratista establecido legalmente, toda vez que el artículo 153.6 de la LCSP impide que pueda procederse a la ejecución de



parte alguna del contrato antes de tal trámite. Además, en un caso como el descrito, la infracción afecta a un elemento esencial del contrato como es el precio que se ha de satisfacer por la ejecución del contrato, afectando *per se* a los derechos de los licitadores y a la propia esencia del procedimiento de selección del contratista, lo que debe llevar a concluir que estamos ante una infracción no subsanable del procedimiento de contratación.

La LCSP regula este supuesto, esto es, que durante la licitación tenga lugar una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En este caso, el artículo 152 de la LCSP alude al desistimiento del contrato como fórmula adecuada para corregir esta infracción no remediable del procedimiento, la cual debe suponer la anulación de la licitación. De producirse el desistimiento la LCSP exige que tal circunstancia se notifique a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea». Igualmente indica la ley que la circunstancia que justifica el procedimiento deberá justificarse en el expediente, que dará lugar a las indemnizaciones pertinentes y que el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

El comienzo del nuevo procedimiento de licitación, con un nuevo objeto y un nuevo precio, acordado tras haberse producido el necesario desistimiento del contrato por parte del órgano de contratación no coincide jurídicamente con la simple modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares por la que nos cuestiona la consulta.

Es cierto que el artículo 122 de la LCSP permite que los pliegos puedan ser modificados con posterioridad a su aprobación mediante la retroacción de actuaciones fuera de los casos de errores materiales, aritméticos o de hecho. También lo es que, de aplicarse esta última norma, el efecto para la tramitación del contrato sería parecido al del desistimiento pues conllevaría, con el fin de salvaguardar la



debida aplicación del principio de igualdad de trato a los licitadores en el procedimiento y la congruencia con los presupuestos económicos del contrato, la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación del pliego, anulando todas las actuaciones posteriores.

Sin embargo, una solución como la cuestionada supondría obviar la vulneración procedimental cometida por lo que, en una correcta técnica jurídica, la única solución posible que le queda al órgano de contratación es la del desistimiento descrito en el artículo 152 de la LCSP.

3. Nos plantea finalmente la consulta la existencia de un cambio de composición en los miembros de la mesa de contratación, cuestionando la necesidad de modificar los pliegos de cláusulas administrativas particulares con este fin.

Ya hemos visto que en el caso que se nos plantea procedería el desistimiento del contrato y la celebración de uno nuevo, por lo que no cabe duda de que en el nuevo pliego podrá hacerse constar la correcta composición de la mesa de contratación.

En cualquier caso, cabe recordar que tal composición conforme a la ley habrá de publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente (artículo 326.3 LCSP). Es habitual que los pliegos rectores del contrato contengan una referencia a la composición de la mesa de contratación tal como debe estar recogida y actualizada en el perfil de contratante del órgano de contratación, pero en la medida en que no es obligatorio que el pliego contenga una expresión actualizada de la composición de la mesa de contratación, el hecho de que tras la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares cambie la composición de la mesa de contratación no exige la modificación del pliego, máxime teniendo en cuenta que los licitadores presentes en el procedimiento tienen acceso a la información detallada sobre la nueva composición de la mesa a través del propio perfil de contratante del órgano que licita el contrato.



En mérito a las anteriores consideraciones la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado realiza las siguientes

CONCLUSIONES.

- Unas alegaciones realizadas frente a un acta de la mesa de contratación en la que ésta se limita a valorar un informe técnico sobre criterios de selección del contratista no constituyen un acto recurrible conforme al artículo 44 de la LCSP y, en consecuencia, no existe obligación jurídica de darle respuesta.
- Ello, no obstante, los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el meritado precepto como recurribles podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.
- El hecho de que durante la licitación se hayan realizado y pagado varias actuaciones que estaban incluidas en el proyecto que rige la contratación constituye una infracción no subsanable del procedimiento que debe llevar a su anulación, al desistimiento del contrato por parte del órgano de contratación y, en su caso, a una nueva licitación.
- La modificación de la composición de la mesa de contratación durante la licitación no obliga a la modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares.