

Recurso nº 87/2019

Resolución nº 88/2019

## RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 24 de abril de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.A.I. actuando en nome e representación de EKOLEDs INNOVATIONS, S.L. contra os pregos da concesión do servizo público integral de iluminación exterior do Concello de Ponteceso, expediente 2019/C005/000001, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

### ANTECEDENTES DE FEITO

**Primeiro.-** O Concello de Ponteceso convocou a licitación da concesión do servizo público integral de iluminación exterior do Concello de Ponteceso, expediente 2019/C005/000001, cun valor estimado declarado de 5.432.173,50 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratación do Sector Público o 20.03.2019. Os pregos foron publicados o 20.03.2019.

**Segundo.-** Impúgnanse determinadas cuestións sobre as condicións desta licitación, ás que logo faremos referencia.

**Terceiro.-** O 05.04.2019 EKOLEDs INNOVATIONS, S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

**Cuarto.-** Con data 05.04.2019 reclamouse ao Concello de Ponteceso o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). Tal documentación foi recibida neste Tribunal o día 10.04.2019. Na mesma se informa da ausencia de licitadores nese intre.

**Quinto.-** O 10.04.2019 o TACGal acordou a medida cautelar de suspensión do procedemento.

## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

**Terceiro.-** A recorrente está lexitimada para interpoñer o presente recurso aínda que non teña a condición de licitador, pois precisamente as bases da convocatoria provócanlle ao seu entender un prexuízo que pretende remediar coa interposición do recurso e a obtención dunha resolución favorable. Neste sentido, as prestacións do contrato ao que se refire esta impugnación están incluídas no ámbito da súa actividade empresarial. Así se ten pronunciado este TACGal en Resolucións anteriores, por exemplo a 2/2018, 46/2018 ou 52/2019.

**Cuarto.-** O recurso foi presentado en prazo.

**Quinto.-** Segundo a cláusula 2 do PCAP estamos perante unha de concesión de servizo público, das contempladas nos artigos 284 a 297 LCSP, polo que ao ser o seu valor estimado superior a 3.000.000 €, o recurso é admisible ao abeiro do artigo 44.1.c) e 2.a) LCSP.

**Sexto.-** O recorrente impugna diversos apartados dos pregos da licitación, polo que en aplicación do principio de congruencia eses serán os aspectos analizados nesta resolución.

O primeiro que se impugna é a cláusula 28 PCAP en canto que para o recorrente supón unha modificación que implica a alteración da natureza global do contrato e unha ampliación ou diminución ilimitada.

A cláusula en cuestión expresa:

*“CLÁUSULA 28.- AJUSTE DE PRECIOS POR MODIFICACION DE INSTALACIONES.*

*Por cada ampliación o disminución del número de puntos de alumbrado público instalados, los precios de la P2 y P3 se incrementarán o reducirán según la siguiente fórmula:*

$$P'2 = P2 \times (NPf / Npi)$$

*Donde:*

*P'2: precio revisado (€/año)*

*P2: Precio del período anual antes de la ampliación / reducción*

*NPf: número de luminarias existentes después de la ampliación / reducción*

*Npi: Número de luminarias existentes antes de la ampliación / reducción*

$$P'3 = P3 \times (NPf / Npi)$$

*Donde:*

*P'3: precio revisado (€/año)*

*P3: Precio del período anual antes de la ampliación / reducción*

*NPf: número de luminarias existentes después de la ampliación / reducción*

*Npi: Número de luminarias existentes antes de la ampliación / reducción”*

O informe do órgano de contratación recolle ao respecto:

*“é lóxico e axustado a dereito establecer a previsión de modificación do contrato nos supostos de aumento ou redución dos puntos do alumeadado público municipal, posto que ao longo da duración do mesmo (15 anos) é previsible que nalgúns supostos podan presentarse necesidades de nova instalación, ou mesmo diminución dos existentes, e non se dan os supostos do artigo 204.2 da LCSP, posto que non se contemplan modificacións que alteren ou podan alterar a natureza global do contrato inicial, non se refire á substitución de obras, subministrados ou servizos, só se establece para o suposto de ampliacións por novos alumeadados ou supresión de algúns dos puntos existentes.”*

Ao respecto, o primeiro que observamos é que a cláusula xa alude ao termo modificación no seu título, e tamén o fai esta explicación do informe con tamén cita do artigo 204. Igualmente, e dado que a configuración do prezo da licitación non resulta da suma dos puntos de luz existentes e que segundo a cláusula 8 do PCAP a proposta económica referirase a unha cantidade global pola totalidade do contrato, non resulta aplicable o previsto no artigo 309.1 LCSP:

*Nos casos en que a determinación do prezo se realice mediante unidades de execución, non terá a consideración de modificación, sempre que así se establecese no prego de cláusulas administrativas particulares, a variación que durante a correcta execución da prestación se produza exclusivamente no número de unidades realmente executadas sobre as previstas no contrato*

Polo tanto, situándonos no marco do tal artigo 204 non vemos que o recorrente desenvolva argumentativamente por que iso supón alterar a natureza global do contrato. Na cláusula alúdese precisamente o que son as unidades relacionadas co obxecto contractual, polo que non se nos traslada como nos atoparíamos ante a substitución dos servizos que se van adquirir por outros “diferentes”, en termos do artigo 204.2 LCSP. Lembremos que incluso ese artigo permite ate “substituír” de forma puntual algunha unidade de obra, subministración ou servizo puntual.

Agora ben, é certo que o recurso tamén alude a que está cláusula permite unha ampliación ou diminución ilimitada. Se volvemos ao artigo 204.1 LCSP, este recolle esixencias para a plasmación das modificacións no PCAP:

*“1. Os contratos das administracións públicas poderanse modificar durante a súa vixencia ata un máximo do vinte por cento do prezo inicial cando nos pregos de cláusulas administrativas particulares se advertise expresamente desta posibilidade, na forma e co contido seguintes:*

*a) A cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.*

*b) Así mesmo, no que respecta ao seu contido, a cláusula de modificación deberá precisar co detalle suficiente o seu alcance, límites e natureza; as condicións en que se poderá facer uso dela por referencia a circunstancias cuxa concorrencia se poida verificar de forma obxectiva; e o procedemento que se deba seguir para realizar a modificación. A cláusula de modificación establecerá, así mesmo, que a modificación non poderá supor o establecemento de novos prezos unitarios non previstos no contrato.*

*A formulación e o contido da cláusula de modificación deberán ser tales que en todo caso lles permita aos candidatos e licitadores comprender o seu alcance exacto e interpretala da mesma forma e que, por outra banda, lle permita ao órgano de contratación comprobar efectivamente o cumprimento por parte dos primeiros das condicións de aptitude exixidas e valorar correctamente as ofertas presentadas por estes.”*

Por quedarnos só ao que alude o recorrente, o artigo 204 recolle xa unha serie de límites porcentuais sobre os que nada se menciona no apartado PCAP que nos ocupa, sexa por remisión explícita ao artigo, nin se fai referencia ao previsto no apartado 1.b) do mesmo, polo que, en definitiva, a cláusula non cumpre os requisitos do artigo 204.1 LCSP.

**Sétimo.-** A segunda alegación do recorrente vai referida á ausencia do estudo de viabilidade financeira do artigo 285.2 LCSP, e, a maiores, á falta de información pública sobre o mesmo, que defende que era necesario pola aplicación analóxica do artigo 248.3 LCSP.

O dito artigo 285.2 LCSP establece:

*“2. Nos contratos de concesión de servizos a tramitación do expediente irá precedida da realización e aprobación dun estudo da súa viabilidade ou, de ser o caso, dun estudo de viabilidade económico-financeira, que terán carácter vinculante nos supostos en que conclúan na inviabilidade do proxecto. Nos casos en que os contratos de concesión de servizos comprendan a execución de obras, a tramitación irá precedida, ademais, cando cumpra de conformidade co disposto no artigo 248.1, da elaboración e aprobación administrativa do anteproxecto de construción e explotación das obras que resulten precisas, con especificación das prescricións técnicas relativas á súa realización e, ademais, da redacción, supervisión, aprobación e implantación do correspondente proxecto das obras”*

Pois ben, consta no propio expediente remitido a este Tribunal estudo de viabilidade financeira de data 21.02.2019. Igualmente, na Plataforma de contratos aparece publicado o acordo de aprobación do expediente de contratación de data 14.03.2019 no que se cita expresamente ese informe de viabilidade como parte da documentación previa.

En consecuencia, e non establecéndose na LCSP a expresa necesidade de someter ese documento a información pública polo prazo dun mes, procede desestimar este motivo do recurso.

**Oitavo.-** O recurso impugna tamén o apartado 8.1 da PPT, que expresa ao respecto:

*“El 100% de la electricidad suministrada estará Certificada con Garantía de Origen Renovable. Para el cumplimiento de dicho objetivo se considerará el Sistema de Garantías de Origen de la electricidad emitido por Entidades Certificadoras establecidas de acuerdo con la Directiva 2009/28/CE, así como el Sistema de Garantías de Origen establecido en la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo y en su modificado ITC/2914/2011 de 27 de octubre por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovable y de cogeneración de alta eficiencia.”*

Considera o recorrente que implica barreiras de entrada e vulnera o artigo 202 LCSP por non estar vinculada co obxecto do contrato.

O informe do órgano de contratación defende a cláusula referida, recolle, a unha condición especial de execución.

Neste punto, remitímonos aos acertados razoamentos da Resolución 160/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi cando recolle:

*“La cláusula 10.1 del PCAP es la otra estipulación impugnada. Como su título expresa, se trata de una condición especial medioambiental de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP. Además de establecer el alcance de la condición (que la electricidad suministrada proceda al 100% de fuentes renovables), indica cuál es la forma de acreditar su cumplimiento; en concreto, se exige que el contratista presente todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden. A diferencia de lo que sucede con la cláusula 21.2, expresada en estos términos y para este contexto, el requerimiento es adecuado a la legislación contractual. En primer lugar, aunque no se establece así expresamente (literalmente, solo se habla de “la electricidad suministrada por la adjudicataria”), la exigencia se refiere únicamente a la electricidad suministrada en el marco del contrato, y no a la que pueda el adjudicatario vender en el resto de su actividad. Así se deduce de la misma definición de “condición de ejecución”, que comprende la vinculación al objeto del contrato en el sentido que da a este término el artículo 145.6 de la LCSP (ver el artículo 202.1 de la LCSP); dicha vinculación no existiría si la exigencia se dirigiera a fiscalizar actividades de la empresa no relacionadas de ningún modo con la prestación contractual (así sucedería, por ejemplo, si al contratista se le pidiera la garantía de que, en el desarrollo de toda su actividad comercial, vende exclusivamente energía de origen renovable). A mayor abundamiento, la función principal del sistema de la Orden es*

*precisamente demostrar al consumidor final que la energía adquirida es de origen renovable, que es, en definitiva, lo que la cláusula impugnada pretende (ver, por ejemplo, el documento de la Comisión de la Unión Europea “Criterios de la CPE de la UE aplicables a la electricidad”).<sup>1</sup> Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.”*

Tamén a Resolución 60/2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

*“Acerca del incumplimiento del artículo 202.1 de la LCSP, esto es, que el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato contendrá, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución de las enumeradas en el apartado siguiente “Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.*

*En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica”, en la medida en que el Contrato exige mediante la definición de su objeto que la energía a suministrar sea de origen exclusivamente renovable, está imponiendo, con meridiana claridad, una condición especial de ejecución contractual relativa a la reducción de gases de efecto invernadero y al fomento del uso de las energías renovables.”*

Polo tanto, non cabe acoller o recurso neste punto.

**Noveno.-** O recorrente impugna as cláusulas 8.3 do PCAP e 5 do PPT no referido ás visitas ás instalacións. Alega ao respecto o seguinte:

*“supone,..., de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas, lo que ha de suponer la anulación de esta cláusula 8-3 del PCAP y el apartado 5 del PPT, al menos parcialmente, y necesariamente, cancelación de la licitación.*

(...)

*Visita a las instalaciones que además resulta un criterio de discriminación territorial en la presentación de la oferta por cualquier empresa no ajustado a Derecho toda vez que las prestaciones objeto del servicio han de ser previamente y detalladamente determinadas por el órgano de contratación. Y sobre esa necesidad determinada en el Pliego es sobre la que los licitadores (pensemos incluso en los de la UE) puede y deben ofertar más, incluso, en un contrato de elevado volumen económico como éste que es objeto de recurso.”*

As cláusulas impugnadas teñen o seguinte contido literal:

O PCAP:

*3.- Visita de las instalaciones. El Ayuntamiento habilitará fecha para la visita de las instalaciones, que se hará efectiva en cualquier fecha a partir del día siguiente a la apertura del plazo de presentación de ofertas, y que será anunciada en el perfil del contratante de la página web del organismo licitador, la visita a las instalaciones será voluntaria para los licitantes. Esta visita podrá ser valorada adecuadamente en la puntuación de la memoria técnica de la prestación de mejora y renovación de las instalaciones del alumbrado público exterior.*

E o PPT:

#### 5.-REQUISITOS GENERALES

(...)

*Podrán ser valoradas las ofertas técnicas de los licitadores por el mayor conocimiento de las instalaciones al haber realizado la visita voluntaria de las mismas.*

O primeiro que debemos sinalar ao respecto é que se analizamos os criterios de adxudicación recollidos na cláusula 9 do PCAP nada se cita ao respecto da valoración desa visita de comprobación. Isto xa determina que debemos estimar este motivo de recurso, posto que a redacción dos pregos introducen un marxe de indeterminación que vulnera o principio de transparencia.

Como sinala a a Sentenza TXUE de 16.9.2013 este fundamental principio:



*“Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111).”*

E, no mesmo sentido, a Sentenza do TXUE de 17.09.2002 (asunto C-513/99) sinala que non é admisible un criterio de adxudicación que implique para o órgano de contratación unha liberdade incondicional de elección para a adxudicación dun contrato, e que eses criterios deben mencionarse expresamente no prego de condicións ou no anuncio de licitación para que os contratistas poidan coñecer a súa existencia e alcance.

En consecuencia, a mención expresa nos pregos da licitación a que esa visita poida ser obxecto de valoración sen que a mesma apareza reflectida entre os criterios de adxudicación, vulnera os principios de transparencia e igualdade entre os licitadores.

Ademais, en canto á posibilidade de valoración desa visita, a mesma tampouco resulta admisible. Por un lado, o mero feito de realizar esa visita non determina de por si unha mellor proposición e execución contractual, ademais de que establece un requisito que indubidablemente beneficia ás empresas máis próximas ao Concello licitador.

Todo o cal determina que debamos estimar este motivo do recurso cos efectos que logo expresaremos.

**Décimo.-** A última crítica do recurso é respecto da cláusula 26, sobre revisión de prezos. O recorrente sinala ao respecto que a mesma incumpre o previsto no artigo 103 da LCSP, na Lei 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación da economía española e no RD 55/2017, de 3 de febreiro, polo que se desenvolve a dita Lei.

Pois ben, analizado o expediente de contratación remitido polo Concello, o primeiro que observamos é que non consta no mesmo o preceptivo informe valorativo da estrutura de custos esixido no artigo 9.7 do RD 55/2017, previsto para os contratos cun prezo superior aos cinco millóns de euros.

Ademais, o propio contido da cláusula impugnada, na que se prevé revisión dos distintos prezos respecto á totalidade dos custos das prestacións contractuais, e co único límite de que se teña executado o 20% do contrato sen referencia ao período de recuperación das inversións, non se axusta ao establecido no artigo 103 da LCSP e ao resto da normativa citada anteriormente.

Todo o cal determina que debamos anular a cláusula 26 do PCAP impugnada. No mesmo sentido anulatorio da licitación pola falta do preceptivo informe esixido no artigo 9.7 do RD 55/2017, a Resolución 176/2017 do Tribunal de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía.

**Décimo primeiro.-** En definitiva, procede estimar parcialmente o recurso presentado e anular as cláusulas dos pregos conforme ao indicado nos distintos fundamentos desta Resolución, con retroacción das actuacións ao momento anterior á elaboración dos mesmos, a fin de que nos novos pregos que, no seu caso, se aprobasen se teña en conta o aquí exposto. Nese sentido, e estando a visita ás instalacións prevista na licitación como elemento avaliable, a súa anulación leva consigo a anulación da propia licitación, de conformidade co sinalado na Sentenza do TXUE de 4 de decembro de 2003, asunto c-488/01.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por EKOLEDs INNOVATIONS, S.L. contra os pregos da concesión do servizo público integral de iluminación exterior do Concello de Ponteceso.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.