

Recurso 7/2018**Resolución 151/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 23 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **JOSÉ BERNAL GUTIÉRREZ**, Portavoz del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Marbella, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro y servicio del alumbrado exterior de la ciudad de Marbella” (Expte. SU 0019/18), convocado por el Ayuntamiento de Marbella (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 23 de noviembre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 25 de noviembre de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 287.

Posteriormente, el 18 de diciembre de 2017 y el 15 de enero de 2018, se publicaron



en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, sendos anuncios por los que se ampliaba en ambos casos el plazo de presentación de ofertas, hasta el 19 de febrero de 2018 en la primera publicación y hasta el 16 de abril de 2018 en la segunda.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 20.836.170,00 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Con fecha 18 de diciembre de 2017, se presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por JOSÉ BERNAL GUTIÉRREZ (en adelante JBG), Portavoz del Grupo Municipal Socialista, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. El 9 de enero de 2018, tiene entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación por el que da traslado del recurso interpuesto y remite informe al mismo y una copia del expediente administrativo.

Posteriormente, el 16 de enero de 2018 por la Secretaría de este Órgano se solicita determinada documentación no remitida anteriormente, que fue recibida el 18 de enero de 2018.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 12 de enero de 2018, se solicita a JBG que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida en plazo por el Ayuntamiento de Marbella, donde fue presentada por el recurrente.



SEXTO. Mediante Resolución, de 17 de enero de 2018, este Tribunal acuerda la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución.

SÉPTIMO. El 20 de febrero de 2018, una vez concluido el plazo de presentación de proposiciones, se solicitó por parte de la Secretaría de este Órgano el listado comprensivo de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efecto de notificaciones. Al respecto, el Ayuntamiento de Marbella comunica que debido a una modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares, se ha ampliado el plazo de presentación de ofertas hasta el 16 de abril de 2018.

Posteriormente, el 25 de abril de 2018, tras reiteración al Ayuntamiento el 17 de abril, la información solicitada fue recibida en este Tribunal.

OCTAVO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 26 de abril de 2018, se dio traslado del escrito del recurso al resto de entidades licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas, habiéndolas presentado el 4 de mayo de 2018 en el plazo concedido para ello la entidad MONELEG, S.L. (en adelante MONELEG).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía



como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que en el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, este Tribunal será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En este sentido, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Marbella no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. En relación a la legitimación que ostenta JBG para la interposición del recurso, como Portavoz de un Grupo Municipal, ya ha tenido la oportunidad de manifestarse este Tribunal en las Resoluciones 89/2013, de 15 de julio y 165/2015, de 30 de abril. En ellas se hace referencia al artículo 42 del TRLCSP que dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se remiten al apartado b) del artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que *“Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo*



podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:

b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.

Al respecto, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, 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.”*

Por su parte, el Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido 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, visto lo anterior, JBG goza de legitimación activa para la interposición del recurso, a lo que no se opone el órgano de contratación ni la entidad interesada, ya que conforme a la documentación remitida el acuerdo por el que se aprueban los pliegos que son objeto de impugnación, fue adoptado por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Marbella, órgano del que el recurrente no forma parte, y el objeto del recurso persigue el interés de la propia Corporación Municipal.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se dirige contra los pliegos de un contrato sujeto a regulación armonizada que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los



licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 25 de noviembre de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido anteriormente en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso, el 18 de diciembre de 2017, en el Registro del órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

El recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares y el de prescripciones técnicas, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde la nulidad de aquellos y/o de la licitación promovida. Subsidiariamente, en caso de no estimarse total o parcialmente la pretensión principal, por entenderse que dichos pliegos son subsanables, se acuerde su subsanación, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su publicación, y tras la nueva redacción de los pliegos se convoque una nueva licitación.

La recurrente centra su pretensión en los siguientes alegatos:

1. Posible error en la calificación del contrato y ausencia de justificación de la necesidad e idoneidad de la fusión de las prestaciones.
2. Falta de cuantificación de la prestación P4, absorbida en la prestación P1.
3. La fórmula de la revisión de precios carece de justificación, es desproporcionada y lesiva para la Administración.



4. Falta de motivación o justificación técnica o económica de la cesión a la entidad adjudicataria de la titularidad de los contratos de suministro eléctrico.
5. Incongruencia de la garantía total exigida.
6. Privatización del mantenimiento de la red de alumbrado exterior.
7. Escasa importancia del precio como criterio de evaluación de las ofertas.
8. Ausencia de exigencia de solvencia técnica a las entidades licitadoras como suministradoras de energía eléctrica.
9. Incongruencia de los pliegos en el sistema de telegestión.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los alegatos esgrimidos por la entidad recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad MONELEG, como interesada en el procedimiento, se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. En el primer alegato del recurso, la recurrente denuncia la posibilidad de estar ante un error invencible en cuanto a la calificación del contrato y la ausencia de justificación de la necesidad e idoneidad de la fusión de las prestaciones.

En este sentido, y en cuanto a la primera parte del alegato, señala el recurrente que en los pliegos se omite la evaluación económica de los conceptos que incluye la prestación P4, y que absorbe la prestación P1, como son las obras de mejora de instalaciones, el suministro y renovación de las luminarias, y el coste de su financiación. Lo anterior, a juicio del recurrente, indica que podemos estar ante un error invencible en cuanto a la calificación del contrato, de naturaleza mixta ex artículo 12 del TRLCSP, y su régimen de aplicación.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que pretende contratar las prestaciones descritas con una Empresa de Servicios Energéticos, lo cual constituye a su juicio una primera opción que acota o enfoca el tipo de contratación aplicable.

En ese sentido, afirma que las obras de mejora y renovación contempladas en la Prestación P4, tal y como se establece en el artículo 11 del PPT, serán ejecutadas en base a los preceptos del Reglamento de Eficiencia Energética en instalaciones de Alumbrado Exterior, aprobado por el Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, y financiadas por el adjudicatario mediante ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y por ello no tendrá repercusión económica sobre el presupuesto del contrato, razón por la cual no se tienen en cuenta a la hora de determinar la naturaleza jurídica del contrato.

Por tanto, concluye el informe al recurso que el contrato se configura como un contrato mixto de suministro y servicio, en el que conforme a la cláusula 5.2 del PCAP, el mayor peso económico recae sobre la prestación del suministro eléctrico.

En este mismo sentido, de contrato mixto de suministro y servicio, con mayor importancia económica de la prestación de suministro, se manifiesta MONELEG, como entidad interesada.

Pues bien, para la resolución de la controversia hemos de partir del PCAP, que en su cláusula 1 exige que la entidad responsable de la ejecución de las prestaciones del contrato será una Empresa de Servicios Energéticos (en adelante ESE), exigencia que no es combatida por el recurrente. Dichas ESEs se regulan en el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en concreto en su capítulo V “Medidas relativas a los sectores energéticos”, artículo 19 que en sus apartados 1 y 2 dispone lo siguiente:

«1. Se entiende por empresa de servicios energéticos a los efectos de este Real Decreto-Ley aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo. Todo



ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos.

2. El servicio energético prestado por la empresa de servicios energéticos consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable.»

De lo anterior se infiere en lo que aquí interesa, como expone el órgano de contratación en su informe al recurso, por un lado, que la retribución de la ESE ha de depender, al menos en una parte significativa, de la obtención de un ahorro de energía verificable y medible o estimable y, por otro lado, que entre las prestaciones objeto del contrato deberán estar incluidas, en todo caso, las inversiones de toda índole necesarias para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos, de tal forma que las obras de mejora y renovación contempladas en este tipo de prestaciones serán financiadas por la ESE adjudicataria mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto base de licitación.

Al respecto, los contratos con empresas de servicios energéticos presentan la particularidad de su contenido complejo y de su especial finalidad, que no es otra que la obtención de una mayor eficiencia energética por parte del sector público en todas sus instalaciones y centrales de alumbrado y térmicas, con los consiguientes ahorros económicos, de consumos y de reducción de emisiones, lo que implica mejoras en las instalaciones, mejoras en el mantenimiento, mejoras en la compra de combustibles y energía, y en fin, una mejor gestión global de los suministros, servicios y uso de esas instalaciones.



En este sentido, el fin esencial del contrato no es el mero suministro de energía, ni los meros servicios de mantenimiento, sino un conjunto complejo que persigue conseguir una mayor eficiencia energética, con reducción de gasto público y consumo de energía, para lo cual son imprescindibles normalmente la mejora o sustitución de instalaciones y/o equipos, lo que puede suponer normalmente servicios y suministros, pero también obras, normalmente accesorias.

En el supuesto examinado, conforme a la cláusula 1 del PCAP, la prestación P4, objeto de controversia, consiste en *«Obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado público exterior, enfocadas al ahorro energético y cumplimiento reglamentario: Ejecución y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones, que a propuesta de la Administración titular del alumbrado se especifican en el pliego de condiciones técnicas. 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. Estas obras 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, y del resto de normativa, debiendo entregarse una vez legalizadas por la autoridad competente.»*

En dicha prestación, como señala JBG en su recurso, se omite la evaluación económica de los conceptos que incluye la prestación P4. En este sentido, las obras de mejora y renovación no solo deben estar cuantificadas económicamente, aunque sea de forma estimada, sino que en la documentación que rige el contrato debe de aparecer un anexo de inversiones a realizar a modo de anteproyecto, así como si las mismas se pueden alterar a lo largo de la ejecución del contrato, para incluir nuevas obras o modificar las ya aprobadas. Al respecto este Tribunal comparte las consideraciones que la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana señala en la conclusión tercera de su Informe 5/2014, de 24 de noviembre, sobre “Contratación de los servicios para el mantenimiento integral y de conservación de las instalaciones del alumbrado público y de suministro de energía e instalación de medidas de eficiencia energética”, en la que concluye que *«Es necesario que el contrato establezca (...)*



una relación de las inversiones iniciales que deban de realizarse necesariamente en la que se incluya al menos su denominación, importe estimado y plazos parciales de realización, así como una indicación de aquellas otras que podrán ser propuestas por los licitadores durante la ejecución del contrato y, en general, el alcance y límites de las modificaciones que podrán acordarse y las condiciones o requisitos para ello (...)». En este sentido, parte de las exigencias expuestas se recogen en la cláusula 11 y en los anexos II, III y IV del PPT, donde figuran las actuaciones a realizar por la entidad adjudicataria, no así la cuantificación económica de las mismas, entre otras cuestiones.

En efecto, la cuantificación económica de las prestaciones que forman parte del objeto del contrato es necesaria, aun cuando éstas no tengan repercusión económica sobre el presupuesto base de licitación. En el supuesto examinado, lo son en primer lugar, para determinar si las obras de mejora y renovación son accesorias o no.

Asimismo es necesaria dicha cuantificación para determinar el régimen jurídico del contrato al tratarse de un contrato mixto. En efecto, el artículo 12 del TRLCSP dispone que *«Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico»*. Pero no solo para las normas que han de observarse para la adjudicación es necesaria dicha cuantificación, sino para las relativas a los efectos, cumplimiento y extinción, ex artículo 115.2 del TRLCSP que dispone que *«En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos»*.

Por último, además de lo expuesto anteriormente, es necesaria la especificación y cuantificación económica de las prestaciones que forman parte del objeto del



contrato para que las potenciales entidades licitadoras puedan realizar el correspondiente estudio de las obligaciones, pecuniarias y de todo tipo, que han de asumir con la ejecución del contrato y con ello elaborar, si así lo consideran, su oferta.

Procede, por tanto, estimar la primera parte del primer alegato del recurso.

En la segunda parte del primer alegato del recurso, la recurrente denuncia la ausencia de justificación de la necesidad e idoneidad de la fusión de las prestaciones. En este sentido, afirma que tratándose de un contrato de naturaleza mixta, no se ha justificado en los pliegos la necesidad e idoneidad de la fusión de las cuatro prestaciones (P1, P2, P3 y P4), ni las ventajas que con ella obtiene la Administración Pública.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que, a su juicio, queda ampliamente justificada, pues gracias a la fusión es posible realizar las inversiones en eficiencia energética en el primer año del contrato, siendo amortizadas durante la duración del contrato establecida en este caso en 15 años; de no plantearse así no se podría acometer la inversión necesaria en un año, debiendo ser realizada con cargo a los presupuestos, siendo la regla de gasto un factor limitante que haría imposible disponer de este ahorro completamente.

En este sentido, señala el órgano de contratación que el modelo de contrato mixto de servicios energéticos (suministro y servicios) en el que se ha basado la licitación del contrato examinado, responde al modelo de contratación impulsado por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDAE) y recomendado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para la contratación de las Empresas de Servicios Energéticos.

Pues bien, en el examen de la cuestión controvertida hemos de partir de la doctrina asentada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre, 203/2017, de 13 de octubre y 104/2018, de 20 de abril, entre otras) donde se viene a señalar 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 y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Y es que, como asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g Resolución 244/2016, de 8 de abril, entre otras), el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, señala el citado Tribunal, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue.

Por último, en términos parecidos se ha pronunciado recientemente la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Sobre esta base doctrinal, hemos de admitir que corresponde en todo caso al órgano de contratación definir la necesidad administrativa que pretende cubrir a través del contrato y configurar su objeto del modo que mejor la satisfaga, respetando en todo caso lo dispuesto en los artículos 22 y 86 del TRLCSP.

En el supuesto examinado, las necesidades que pretende cubrir el contrato se



definen en la cláusula 1.4 del PCAP que, bajo la rúbrica “Necesidad e idoneidad de la contratación (artículo 22 TRLCSP)” dispone que *“El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.*

En virtud del Informe Técnico de la Delegación de Obras e Infraestructuras de 14 de noviembre de 2017, se justifica la necesidad de la contratación conforme al artículo 22 TRLCSP.

Tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como el Pliego de Prescripciones Técnicas indican las necesidades administrativas a satisfacer mediante el suministro y los factores de todo orden a tener en cuenta.”

Por su parte, en el citado informe de 14 de noviembre de 2017 se justifica la necesidad e idoneidad del contrato en los términos exigidos en el artículo 22 del TRLCSP, así como las ventajas, relacionadas con el ahorro energético, que se derivarían para la Administración con su ejecución, no siendo necesario que dicha justificación figure en los pliegos pues en el citado artículo 22 se precisa que se ha de dejar constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su ejecución, como ocurre en el presente supuesto.

Por último, el recurrente apunta la posibilidad de que el contrato pueda ser calificado como de colaboración público-privada, ex artículo 11 del TRLCSP. En este sentido se ha de precisar que dicho artículo 11 del TRLCSP, en su apartado 2, señala que solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas, sin que por parte del recurrente se haya argumentado nada en tal sentido. Además, el órgano de contratación ha previsto, a través de esta contratación mixta, una fórmula de contratación posible para la satisfacción de las necesidades públicas del municipio, de ahí que no tenga que acudir a la colaboración público-privada que, conforme al citado artículo 11 del TRLCSP, tiene carácter residual.

Procede, pues, la desestimación de la segunda parte del primer alegato del recurso.



En cuanto al segundo alegato del recurso en el que el recurrente denuncia la falta de cuantificación de la prestación P4, absorbida en la prestación P1, indicar que ya ha sido objeto de análisis en la primera parte del primer alegato del recurso, al que nos remitimos.

SÉPTIMO. En el tercer alegato del recurso, el recurrente denuncia que la fórmula de la revisión de precios carece de justificación, es desproporcionada y lesiva para la Administración.

En ese sentido, el recurrente parte de la premisa de que la prestación P4 está subsumida en la P1, por lo que a su juicio no parece razonable, ni proporcional, que conceptos tan diferentes queden sujetos a su revisión anual a las variaciones de precios de la electricidad tomando como indicador el precio medio anual, en la zona española, del mercado diario publicado por el Operador del Mercado Ibérico de Electricidad (OMIE). Asimismo, manifiesta que no se fijan revisiones del precio en negativo.

Además de lo anterior, señala que en la fórmula de revisión, la siglatura “Eo” es errónea, refiriéndose al precio de referencia del año 2016, en vez de al precio de referencia del año inmediatamente anterior al de revisión; y en el apartado F) de cuadro resumen del PCAP se indica que no hay revisión de precios cuando sí la hay como se ha referido anteriormente.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que la revisión sería en función de las variaciones de precio de electricidad que actualmente sufre el Ayuntamiento en su contratación de la compra de energía eléctrica, que en contra de lo argumentado por el recurrente es según la fórmula bidireccional, admitiendo subidas y bajadas.

En cuanto a la siglatura “Eo”, el informe al recurso señala que no es errónea ya que la fórmula hace referencia a la actualización de la P1 ofertada por la entidad licitadora.



Pues bien, para el análisis del presente alegato, hemos de partir de que el recurrente basa su pretensión fundamentalmente en que, a su juicio, la prestación P4 está subsumida en la P1 y por ello se estaría revisando no solo el suministro de electricidad sino las obras de mejora y renovación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que partimos, como se ha expuesto en el fundamento anterior, de que la contratación se realizará con una ESE, y en estos casos las obras de mejora y renovación contempladas en este tipo de prestaciones, para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos, serán financiadas por la ESE adjudicataria mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto base de licitación, por lo que las mismas no forman parte de la prestación P1, y ello con independencia de que las mismas hayan de estar cuantificadas económicamente como se ha analizado anteriormente.

En definitiva, en contra de lo alegado por el recurrente, la revisión de precios está justificada y no es desproporcionada.

En cuanto a la siglatura “Eo”, la fórmula se expresa en el pliego de la forma siguiente: $P'1 = P1 * (E'/Eo)$, siendo P'1: precio revisado en euros; P1: precio que figura en la oferta económica a la fecha de inicio del contrato en euros; E': precio de referencia en el año anterior a la revisión y Eo: Precio de referencia en el año 2016.

En dicha fórmula, la expresión (E'/Eo) supone la actualización acumulada, en más o menos, del precio ofertado inicialmente, habiendo establecido el órgano de contratación como referencia inicial el año 2016, por lo que la siglatura “Eo”, no es errónea, y ello con independencia de que se pueda compartir o no el que se tome como referencia inicial el año 2016, circunstancia no controvertida.

Por último, respecto del apartado F) del cuadro resumen del PCAP, ha de darse la razón al recurrente pues en el mismo aparece como que no hay revisión de precios y sin embargo, esta se establece detalladamente en la cláusula 6 del citado pliego.



En consecuencia, procede desestimar el tercer alegato del recurso, teniendo en cuenta lo expuesto para el apartado F) de cuadro resumen del PCAP.

OCTAVO. En el cuarto alegato del recurso, el recurrente denuncia falta de motivación o justificación técnica o económica de la cesión al adjudicatario de la titularidad de los contratos de suministro eléctrico, con los riesgos que esto supone al dejar de ser un alumbrado público a cargo de la Administración Pública, perdiendo así su prerrogativa por la consideración de suministro esencial.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que independientemente de que el titular de la cuenta donde se ha domiciliado el pago sea el adjudicatario, el bien sigue siendo público cuya titularidad sigue siendo del Ayuntamiento, en ningún caso deja de ser considerado el suministro del alumbrado público como esencial, por lo que no se puede cortar el mismo.

Pues bien, la cláusula 1.1 del PCAP, dentro de la prestación P1, dispone que *“Los contratos de compra de energía serán de titularidad del Adjudicatario, quien deberá formalizarlos con las empresas comercializadoras o distribuidoras de energía eléctrica.”*, lo que supone que el titular del contrato ha de ser la ESE adjudicataria quien deberá formalizarlo con las comercializadoras o distribuidoras de energía eléctrica. En ese sentido, no se le puede dar la razón al órgano de contratación cuando se refiere al “titular de la cuenta donde se ha domiciliado el pago”, pues como se ha expuesto el pliego exige la titularidad del contrato, no de la cuenta donde se domicilia el pago.

Con respecto a la titularidad de los contratos de compra de energía eléctrica, se ha pronunciado la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en el citado Informe 5/2014, de 24 de noviembre, sobre “Contratación de los servicios para el mantenimiento integral y de conservación de las instalaciones del alumbrado público y de suministro de energía e instalación de medidas de eficiencia energética”, que este Tribunal comparte, en el sentido siguiente:

«En principio, como puede observarse, el Real Decreto-ley mencionado no incluye el suministro de energía eléctrica como una de las prestaciones para las



que se encuentran facultadas las ESE. Para ello, sería necesario que las ESE tuvieran la consideración de empresas autorizadas para la distribución o comercialización de electricidad, en los términos establecidos por el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

Por otra parte, el mismo Real Decreto 1955/2000, en su artículo 79.3, establece que el contrato de suministro de energía eléctrica "es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario de energía, que no podrá utilizarla en lugar distinto para el que fue contratada, ni cederla, ni venderla a terceros."

En consecuencia, una primera observación que debemos hacer al Ayuntamiento es que si el suministro de energía forma parte del objeto del contrato, como parece deducirse de los dos primeros párrafos de la consulta, refiriéndose al servicio esencial regulado por la normativa del sector eléctrico, entonces la empresa adjudicataria tendrá que estar habilitada como empresa comercializadora de electricidad. Si no lo está, una ESE, por sí sola, no puede ser suministradora de la energía eléctrica que sólo pueden proporcionar las comercializadoras o distribuidoras autorizadas y, por otra parte, tampoco puede sustituir al Ayuntamiento como consumidor de la energía eléctrica que este precisa para el alumbrado público exterior, ya que no es la usuaria de dicha energía y no puede adquirirla para revendérsela a su vez al Ayuntamiento.

Una cuestión distinta sería que entre el conjunto de las prestaciones objeto del contrato se incluyese el pago de la factura energética por la ESE en nombre o por delegación del Ayuntamiento y previa comprobación, justificación y verificación de los consumos y conceptos facturados, lo cual sería objeto de la correspondiente contraprestación a la ESE por parte del Ayuntamiento en la forma que estuviera pactada en el contrato. En ese caso, el Ayuntamiento continuaría siendo el contratante del suministro eléctrico con la comercializadora de electricidad y lo que se estaría incluyendo en el contrato con la ESE es la financiación de la factura eléctrica e incluso su pago por delegación del Ayuntamiento y la gestión del suministro que le corresponda a éste, todo ello



en el marco de las prestaciones para la eficiencia energética, lo cual sí podría en su conjunto considerarse incluido entre las funciones para las que una ESE está facultada o capacitada.

(...)

Consecuencia de todo lo expuesto es que lo primero que debe decidir el Ayuntamiento consultante es si será o continuará siendo el titular del contrato sometido a la normativa del sector eléctrico y suscrito con la compañía comercializadora de electricidad suministradora de la energía eléctrica que sea necesaria para el servicio de alumbrado público del municipio y quién, en primera y última instancia, responderá ante dicha compañía de las obligaciones de pago del precio que se deriven de dicho contrato. En cualquier caso, la ESE, si no es una comercializadora o distribuidora de energía autorizada no podrá ser la suministradora de la electricidad procedente del sector regulado, sin perjuicio de que pueda encargarse de la gestión de dicho suministro en las instalaciones del Ayuntamiento, de igual forma que puede hacerlo con la energía que en su caso pueda obtenerse de otras fuentes propias o creadas en ejecución del contrato.»

Debe, pues, el Ayuntamiento de Marbella adaptar los pliegos a las consideraciones anteriores, dado que la cláusula objeto de controversia no se adecua a las mismas. Con independencia de lo anterior, la posible titularidad del contrato de compra de energía eléctrica es independiente de la calificación de bien demanial del alumbrado público.

Procede, pues, estimar el cuarto alegato del recurso en el sentido expuesto.

NOVENO. En el quinto alegato del recurso, el recurrente denuncia la incongruencia de la garantía total exigida. En este sentido, indica que en relación con los bienes a suministrar el PCAP (páginas 21 y 22) establece como plazo de garantía mínima el de 1 año desde la fecha de recepción formal, cuando las tecnologías de iluminación por leds o microleds (incluidas sus luminarias) que son objeto de suministro conforme al PPT tienen en el mercado, con cualquier marca, una garantía de 50.000 horas, que aplicadas a las horas de funcionamiento de la iluminación exterior serían unos 8 años aproximadamente.



Asimismo, señala que la denominación de garantía total (P3) hace pensar que estamos ante una prestación de mantenimiento preventiva, correctiva y con inclusión de reposición de piezas, si bien no se hace mención alguna en el PCAP a si las reposiciones necesarias generarán o no nuevos desembolsos económicos al erario público, al mismo tiempo que confronta -es incongruente- con que la garantía de los suministros sean por 1 año, cuando por este tipo de mantenimientos la garantía es extendida al término del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la garantía total incluida como prestación en el contrato (P3) hace referencia a la totalidad de años de contrato y durante los mismos el Ayuntamiento no tendrá que hacerse cargo de ninguna reposición, sustitución, modificación de cualquier elemento de la instalación, siguiendo como se ha indicado anteriormente el modelo de contrato mixto de servicios energéticos en el que se ha basado la licitación del presente contrato impulsado por el IDAE.

Asimismo, señala que la garantía a la que se hace referencia en la página 21 y 22 del PCAP indica el plazo de garantía de un año tras la finalización del contrato, es decir una vez transcurridos los 15 años de contrato y al entregar las instalaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222.3 del TRLCSP.

Concluye el órgano de contratación que según lo expuesto considera que no existe incongruencia entre ambos conceptos de garantía.

Pues bien, el PCAP fundamentalmente menciona el término garantía: i) en la cláusula 1 para definir una de las prestaciones (P3) que ha de realizar la entidad contratista “la garantía total del alumbrado público” con el siguiente tenor «*Prestación P3. Garantía total: conservará constantemente en funcionamiento y en buen estado el material y los componentes de la instalación, haciendo cuantas reparaciones o reposiciones sean necesarias, con la mayor brevedad y sin necesidad de requerimiento previo, cualquiera que sea la causa que lo motivó*», ii) en la cláusula 9 donde regula la constitución de la garantía definitiva y la exención de la provisional, y iii) en la cláusula 16 donde regula la recepción del suministro y el



plazo de garantía, que comenzará a contar desde la fecha de recepción o conformidad, una vez que el contratista haya realizado, de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 222.3 del TRLCSP, estableciendo dicha cláusula como plazo de garantía un año.

En consecuencia en base las consideraciones propuestas ha de darse la razón al órgano de contratación cuando manifiesta en el informe al recurso que no existe incongruencia entre los conceptos de garantía previstos en el PCAP.

Procede, pues, desestimar el quinto alegato del recurso.

DÉCIMO. En el sexto alegato del recurso, el recurrente denuncia la privatización del mantenimiento de la red de alumbrado exterior.

En este sentido, señala que actualmente el mantenimiento de la red de alumbrado exterior en el Ayuntamiento de Marbella es realizada por los propios operarios de los servicios municipales, por lo que la prestación señalada como P2 en el PCAP que contiene el mantenimiento de la red de alumbrado no determina, ni exige, ningún tipo de subrogación del personal municipal al contrato, así como no se justifica la idoneidad ni necesidad -ni en el PCAP, ni en el PPT, ni en su documentación complementaria- para llevar a cabo esta privatización del servicio.

Asimismo, indica que esta circunstancia obligará a la Administración, por causas organizativas y de prestación del servicio, a la amortización de los puestos de trabajo que no puedan reubicarse justificando su necesidad de mantenimiento de conformidad a los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo, en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las administraciones públicas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica en síntesis que la prestación P2, de mantenimiento, es una prestación subsumible en el régimen jurídico de los contratos de servicios, por ello, no procede la subrogación



del personal municipal al contrato, ni, en ningún caso, la privatización del servicio, cuya gestión y control continúa estando completamente a cargo del Ayuntamiento de Marbella y como consecuencia, este Ayuntamiento no contempla bajo ninguna circunstancia la amortización de puestos de trabajo a la que se refiere el reclamante.

Pues bien, para la resolución de la controversia hemos de acudir nuevamente al artículo 22 del TRLCSP que obliga a la Administración contratante a justificar la necesidad e idoneidad del contrato, sin que sea posible celebrar contratos que no sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. En este sentido, 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, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

En efecto, conforme al citado artículo corresponde al órgano de contratación la decisión de cómo ha de gestionar los servicios públicos, motivando la necesidad e idoneidad de la contratación. En ese sentido, existiendo dicha justificación y siendo racional y razonable la misma, el Tribunal no puede corregir la discrecionalidad del órgano de contratación.

En definitiva, la necesidad de celebrar un contrato es algo que incumbe valorar a la Administración contratante y no a las entidades licitadoras ni a terceros interesados, ni a este Tribunal que no puede controlar esa discrecionalidad, ni sustituir la decisión sobre cuestiones de oportunidad si en el expediente se ha justificado adecuadamente la necesidad de efectuar la contratación con medios externos. En ese sentido, este Órgano no puede controlar o decidir sobre cuestiones discrecionales de los órganos de contratación como es la forma de prestar los servicios públicos, bien de forma directa o indirecta, con las consecuencias que de ello puedan derivarse respecto al personal que presta los mismos.



En el supuesto examinado, como se ha analizado en el fundamento de derecho sexto, en el informe técnico, de 14 de noviembre de 2017, de la Delegación de Obras e Infraestructuras, se justifica la necesidad e idoneidad del contrato en los términos exigidos en el artículo 22 del TRLCSP, así como las ventajas, relacionadas con el ahorro energético, que se derivarían para la Administración con su ejecución.

Procede, pues, desestimar el sexto alegato del recurso.

UNDÉCIMO. En el séptimo alegato del recurso, el recurrente denuncia la escasa importancia del precio como criterio de evaluación de las ofertas.

En este sentido, afirma que el peso relativo asignado en el PCAP al precio (25 puntos de 50 de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas), unido a que el resto de criterios no arrojará diferencias significativas entre los que concurren a la licitación (un 20% de diferencia en el precio aproximado arroja una escasa diferencia de 4 puntos), da lugar a que diferencias importantes en los precios ofertados no reflejen diferencias de la misma importancia en las puntuaciones obtenidas con la fórmula establecida en concordancia con el resto de criterios de evaluación, siendo determinante para la adjudicación los criterios evaluables mediante un juicio de valor (50 puntos), lo que supone a su juicio una vulneración de los principios de transparencia, concurrencia, imparcialidad, igualdad y de ventaja económica y competitiva para la Administración Pública. Para reforzar su alegato refleja en el recurso un esquema que denomina “cuadro explicativo del peso relativo asignado por el PCAP”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que respecto a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, por orden de puntuación, y por tanto de importancia para el Ayuntamiento, la mayor puntuación sería para la oferta económica (25 puntos), en segundo lugar la mejora en el nivel lumínico con 14 puntos, ya que aumentar un 10% el nivel lumínico de los valores indicados en el PPT genera muchas ventajas desde el punto de vista lumínico, sabiendo que el futuro adjudicatario mermará sus ahorros futuros y por



tanto la rentabilidad del proyecto; en tercer lugar, las propuestas como mejoras en iluminación ornamental se han puntuado con 6 puntos ya que para el Ayuntamiento sería de gran relevancia como dinamismo turístico de la ciudad, aun sabiendo que ello aumenta el nivel de inversión en el proyecto técnico suponiendo un mayor esfuerzo para la rentabilidad del mismo; en último lugar, se ha establecido una puntuación de 5 puntos a la reducción del plazo para la ejecución de las obras de mejora incluidas en la prestación P4, al considerar el Ayuntamiento de vital importancia reducir el plazo de instalación, aunque ello suponga un esfuerzo añadido en medios para el adjudicatario.

Una vez expuestos los argumentos de las partes procede analizar la cuestión de fondo del recurso, esto es la escasa importancia del precio como criterio de evaluación de las ofertas.

En este punto, ha de recordarse que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 150.1 del TRLCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora.

En definitiva, lo que persigue el TRLCSP es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todas las entidades licitadoras, y que se apliquen en pie de igualdad para todas éstas, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, que en su apartado 52, recogiendo el parecer de la Comisión Europea, indica que ésta "*considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente*



más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora".

Señala esta misma sentencia que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

Así las cosas, para analizar la conformidad a derecho del criterio objeto de debate, se ha de partir de la redacción del mismo en los pliegos. Al respecto, el precio ofertado se regula en la cláusula 27 del PCAP, otorgándose 25 puntos a la oferta más baja y 0 puntos a la que iguale el precio de licitación, valorándose el resto de las ofertas de forma proporcional pura. En este sentido, el criterio precio ofertado cumple la regla de ponderación proporcional y no se limita la economía de escala de las proposiciones, por lo que no se contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

En efecto, el criterio precio regulado en la cláusula 27 del PCAP no fija un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni tampoco asigna la misma puntuación no solo a la oferta más barata sino también a otras, asimismo no fija un umbral a partir del cual las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes, circunstancias todas ellas que incumplirían la regla de ponderación proporcional y limitarían la economía de escala de las proposiciones, lo que contaminaría el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Queda por analizar finalmente la proporcionalidad de la atribución de 25 puntos a la oferta económica. En este sentido, la ponderación, aun no siendo excesivamente elevada, puede llegar a ser determinante para la adjudicación del contrato, lo que unido a la justificación de la misma realizada por el órgano de contratación en su



informe al recurso, como ha quedado expuesto en este fundamento de derecho, suponen que dicha ponderación no sea desproporcionada.

Por un último, indicar que las afirmaciones que hace el recurrente respecto al resto de criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas, parten de especulaciones del comportamiento que puedan tener las potenciales entidades licitadoras, que no desvirtúan la importancia que los mismos tienen para el órgano de contratación y que ha quedado reflejada en sus alegaciones al recurso.

Procede, pues la desestimación del séptimo alegato del recurso.

DUODÉCIMO. En el octavo alegato del recurso, el recurrente denuncia la ausencia de exigencia de solvencia técnica a las entidades licitadoras como suministradoras de energía eléctrica.

En este sentido, indica que no se contempla la solvencia técnica como suministrador de energía eléctrica, ya sea como comercializador, distribuidor, fabricante, o simple reventa, ya que no puede presumirse la misma por tener experiencia y solvencia técnica en la instalación, gestión y mantenimiento de las instalaciones.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso se limita a expresar que la solvencia técnica se ajusta a la definición y objeto del contrato.

Para resolver la controversia hemos de partir, como ha expresado el informe al recurso, del objeto del contrato que según la cláusula 1.1 del PCAP *“son los servicios energéticos y su mantenimiento con garantía total del alumbrado público y la mejora de las instalaciones y reducción del consumo energético”*, y de lo ya expuesto en el primer alegato del recurso -fundamento de derecho sexto-. En este sentido, indicar que el PCAP, en su cláusula 1 exige que la entidad responsable de la ejecución de las prestaciones del contrato sea una ESE.

Así las cosas, en este tipo de contratos su fin esencial no es el mero suministro de energía, ni los meros servicios de mantenimiento, sino un conjunto complejo que



persigue conseguir una mayor eficiencia energética, con reducción de gasto público y consumo de energía, lo que va unido al hecho de que la adjudicataria ha de ser una ESE, esto es un persona física o jurídica que pueda prestar servicios energéticos, entre los que se encuentran obviamente la gestión del suministro de energía.

Por su parte, el PCAP exige como solvencia técnica que *«La empresa licitadora deberá justificar fehacientemente llevar actualmente proyectos de servicios energéticos de forma acumulada como mínimo de 15.000 puntos de luz de alumbrado público exterior cada uno en el territorio nacional con contratos en vigor, para ello se entregará:*

Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán (...).

Estos trabajos deberán referirse exclusivamente a servicios de mantenimiento integral de alumbrado público y servicios de gestión de ahorro energético.»

De la redacción de citado pliego se infiere que en un principio la exigencia es que las empresas licitadoras acrediten estar ejecutando proyectos de servicios energéticos de un determinado número de puntos de luz de alumbrado público exterior, lo que inexorablemente conlleva el que gestionen asimismo el suministro de la energía eléctrica. Sin embargo, tras establecer dicho pliego la forma de acreditar esos servicios o trabajos concluye que los mismos deberán referirse exclusivamente a servicios de mantenimiento integral de alumbrado público y servicios de gestión de ahorro energético.

En ese sentido, aun cuando el pliego exija esa referencia exclusiva a servicios de mantenimiento integral de alumbrado público y de gestión de ahorro energético, la exigencia de que la adjudicataria ha de ser una ESE, que presta servicios energéticos, entre los que se encuentran obviamente la gestión del suministro de energía, supone que dicha experiencia en los servicios citados incluye que la tengan también en la gestión del suministro de energía, en este caso eléctrica al tratarse de servicios de mantenimiento y gestión de alumbrado público.

Por último, como se infiere del Informe 5/2014, de 24 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, reproducido



parcialmente en lo que aquí interesa en el fundamento de derecho octavo, la normativa reguladora de las ESEs no incluye el suministro de energía eléctrica como una de las prestaciones para las que se encuentran facultadas, por lo que una ESE, por sí sola, no puede ser suministradora de la energía eléctrica que sólo pueden proporcionar las comercializadoras o distribuidoras autorizadas; en ese sentido, si la ESE no es una comercializadora o distribuidora de energía autorizada no podrá ser la suministradora de la electricidad procedente del sector regulado. Por tanto, de atenderse la pretensión de la recurrente de exigir a las entidades licitadoras el que sean suministradoras de energía eléctrica, se estaría limitando la concurrencia pues solo podrían licitar aquellas ESEs que fuesen comercializadoras o distribuidoras de energía eléctrica autorizada.

Procede, pues, la desestimación del octavo alegato del recurso.

DECIMOTERCERO. En el noveno y último de los alegatos del recurso, el recurrente denuncia la incongruencia de los pliegos en el sistema de telegestión.

Al respecto, afirma que en la cláusula 11.3 del PPT, relativa al sistema de telegestión, se establece que los diferentes elementos de la infraestructura del alumbrado público de Marbella deben estar conectados a través de una red remota; sin embargo, en la descripción de la características del sistema de telegestión solo se exige la incorporación de un sistema a nivel de cuadro, sin hacer referencia alguna, ni definir, ni exigir, un sistema de telegestión punto a punto a nivel de luminaria.

A su juicio, debido a esta incongruencia, resulta imposible para la entidad licitadora saber si debe incorporar o no una red punto a punto y las características de la misma.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que el PPT exige, por un lado, la instalación de un equipo de telegestión a nivel centro de mando para tener un registro y control absoluto de las instalaciones, y por otro lado, se exige un equipo de control y regulación que permita una regulación a nivel de centro de mando (en algunas soluciones el propio equipo de telegestión actúa



de cerebro para la regulación). En ningún momento se está exigiendo una regulación punto a punto (para la existencia de regulación punto a punto es necesaria la instalación de nodos bidireccionales); en este caso el sistema a instalar debe permitir que cada salida del centro de mando pueda tener una regulación completamente diferente, no una regulación común para la totalidad de las salidas y los puntos del centro de mando, de esta forma se dota a la instalación de funcionalidad y versatilidad.

Señala que para poder realizar una regulación para cada una de las salidas del centro de mando, las diversas soluciones del mercado exigen la colocación de un nodo en las luminarias, que será el encargado de recibir la orden de regulación enviada por el equipo de control y regulación instalado en el centro de mando a través de la salida del mismo y transmitírsela al *driver* de la luminaria, permitiendo de esta forma una actuación sobre el punto de luz y una gestión inteligente del alumbrado público, aumentando la eficiencia de la instalación al disminuir el consumo de energía.

Concluye que en definitiva, ha de ser un sistema de regulación por cada una de las salidas de los centros de mando, por este motivo en el Anexo II del PPT aparece indicada la cantidad de nodos a colocar en aquellos puntos que permitan regulación.

Por último, MONELEG como entidad interesada, señala que conforme a la cláusula 11.3.2 del PPT se concluye que es a nivel de cuadro la exigencia del sistema de telegestión, sin que exista oscuridad en la misma, pues en ella se establece el sistema de regulación y control exigido.

Al respecto, como ya se expuso en el fundamento de derecho sexto, se ha de partir de la premisa 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, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de terceros y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer



en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

En el supuesto examinado, ante el alegato de la recurrente de que existe una incongruencia en los pliegos en el sistema de telegestión resultando imposible para la entidad licitadora saber si debe incorporar o no una red punto a punto y las características de la misma, el órgano de contratación en su informe al recurso expone que en ningún momento se está exigiendo una regulación punto a punto, lo que se exige es la instalación de un equipo de telegestión a nivel centro de mando para tener un registro y control absoluto de las instalaciones y la de un equipo de control y regulación que permita una regulación a nivel de centro de mando, quedando por tanto claro la no exigencia de una red punto a punto.

Procede, pues, la desestimación del noveno y último de los alegatos del recurso.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas en la presente resolución, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en los fundamentos de derecho sexto y octavo, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

DECIMOCUARTO. Por último, en cuanto al alegato de la recurrente en el que solicita que una vez anulados los pliegos y tras la nueva redacción de los mismos se convoque una nueva licitación, no puede atenderse tal pretensión, debiendo inadmitirse, ya que como se manifestó en la Resolución de este Tribunal 405/2015, de 25 de noviembre y se confirmó en la 1/2016, de 14 de enero, *“es necesario poner de manifiesto que este Tribunal solo tiene funciones revisoras de los actos que se recurran ante él, no siendo por tanto la vía prevista para solicitar que el órgano de contratación se pronuncie sobre determinados extremos”*. En ella se alude además al criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la Resolución 736/2015, de 30 de julio, en



la que se señala, remitiéndose a su Resolución 159/2013, de 23 de abril, que *“Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en cuanto al recurso especial, de modo que, de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando en su caso que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículos 62.1.b) de la Ley 30/1992).”*

Por tanto, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre tales extremos, siendo el órgano de contratación, el único al que corresponde acordar, en su caso, la convocatoria de una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **JOSÉ BERNAL GUTIÉRREZ**, Portavoz del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Marbella, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro y servicio del alumbrado exterior de la ciudad de Marbella” (Expte. SU 0019/18), convocado por el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y, en consecuencia, anular ambos pliegos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 17 de enero de 2018.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

