

Recurso 202/2017**Resolución 209/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de octubre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Gestión integral de energía de edificios municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe” (Expte. 369/2017), convocado por el Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 27 de julio de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó, el 9 de agosto de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 189, el 22 de agosto de 2017, en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 193 y el 25 de julio de 2017 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Albaida



del Aljarafe.

El valor estimado del contrato asciende a 2.398.498,80 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la ahora recurrente.

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 Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación 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. El 18 de agosto de 2017 se presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante ENDESA ENERGÍA) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. El 29 de agosto de 2017, se recibe en el Registro de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación adjuntando escrito de recurso especial y expediente de contratación.

Posteriormente, la Secretaría de este Tribunal, el 31 de agosto de 2017, solicita al órgano de contratación determinada documentación no remitida, tal como el informe al recurso, las alegaciones sobre la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación instada por la recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado los días 8 y 19 de septiembre de 2017.



QUINTO. Con fecha 11 de septiembre de 2017, por la Secretaría de este Órgano se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que presentaran alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido la entidad CACTUS SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.L. (en adelante CACTUS).

SEXTO. Mediante Resolución, de 19 de septiembre de 2017, este Tribunal adopta la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 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 el presente supuesto, el Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe manifiesta que carece de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”



Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

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 contrato objeto de licitación es un contrato mixto de suministro y servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 40 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 9 de agosto de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de interposición en el Registro del órgano de contratación, el 18 de agosto de 2017, aquel se presentó dentro del plazo legal indicado.

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.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde declarar nulas las cláusulas 2, 7 y 15.1 del mismo, por no se ajustadas a derecho.

Funda su pretensión la recurrente en tres alegatos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.



En el primero de los motivos del recurso, la recurrente denuncia que la cláusula 2 del PCAP, relativa al objeto del contrato, obliga al adjudicatario a asumir los costes relativos a los trabajos desarrollados por la consultora que asiste al Ayuntamiento en la contratación, estableciendo un importe de 6.000 euros más el IVA correspondiente.

A su juicio, la pretensión del Ayuntamiento de que el contratista asuma dicho coste no es procedente puesto que no es una prestación que forme parte del objeto del contrato (aunque en los pliegos se incluya en dicho apartado). Entiende que el contratista se encuentra obligado a asumir todos los costes y gastos derivados de la ejecución del contrato, sin embargo, los derivados de la asistencia técnica previa que dicha consultora llevaría a cabo, no forman parte de los mismos ni están incorporados al cuadro de precios del propio contrato, como una partida específica.

Afirma la recurrente que nos encontramos ante una relación jurídica externa entre el propio Ayuntamiento y un tercero (en este caso la consultora), ajena a lo que es la propia contratación de los servicios que se licitan, por lo que dicho coste le corresponde abonarlo al Ayuntamiento, pues carece de encaje en la normativa aplicable que el contratista financie los costes o gastos derivados de las relaciones mantenidas por el Ayuntamiento con terceros, vinculadas a otro contrato del que no forma parte el adjudicatario del contrato que se licita.

Entiende que el principio de libertad de pactos (artículo 25 del TRLCSP), no ampara la posibilidad de establecer en los pliegos previsiones que "contradigan" lo que establece el TRLCSP, así como tampoco la de establecer la asunción por parte del contratista de gastos que no le corresponden.

Para reforzar su alegato trae a colación el Informe 56/2004, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, manifestando que tal y como se indica en el mismo, estamos ante unos gastos ajenos e independientes al contrato que se licita, no pudiendo considerarse



parte integrante del concepto de gastos generales del presupuesto base de licitación o del precio del contrato, tampoco son precios públicos o tasas creadas ex profeso por el municipio para la participación en los contratos que licita, sino la financiación del adjudicatario al Ayuntamiento de contratos con terceros, en los cuales la empresa adjudicataria no es parte.

Concluye la recurrente que no puede repercutirse gasto alguno al adjudicatario por dicho concepto y, en su caso, que tal repercusión es nula y no ajustada a derecho.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que, en virtud del principio de libertad de pactos previsto en el artículo 25.1 del TRLCSP, el órgano de contratación puede imponer al adjudicatario la obligación de satisfacer determinados gastos, siempre que estén establecidos y estipulados en el pliego, y tengan relación con el objeto de la contratación; y ello, con la finalidad de que no sean desconocidos por la entidad licitadora, que tiene libertad de concurrir o no a la licitación.

Dicha afirmación la infiere el informe al recurso de lo dispuesto en el Informe 26/1993, de 25 de octubre, y en el Informe 26/1993, de 22 de diciembre, ambos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Por último, el informe al recurso señala que, a su juicio, no es acertado el Informe 56/2004, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que invoca la recurrente, toda vez que constituye una excepción doctrinal de aquel órgano al principio de libertad de pactos señalado en relación con la imposición de abono de gastos por el contratista.

CACTUS como entidad interesada en su escrito de alegaciones al recurso se pronuncia en términos similares al órgano de contratación manifestando que es posible que los pliegos regulen a cargo de adjudicatario estos costes, al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 25 del TRLCSP.



Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la pretensión en la que la recurrente denuncia que la cláusula 2 del PCAP, relativa al objeto del contrato, obliga al adjudicatario a asumir los costes derivados de la asistencia técnica previa por los trabajos desarrollados por la consultora que asiste al Ayuntamiento en la contratación.

La cláusula 2 del PCAP determina el objeto del contrato y dispone que este se desglosa a su vez en una serie de prestaciones que la empresa adjudicataria está obligada a llevar a cabo. Tales prestaciones las enumera dicho pliego de la P1 a la P6, para concluir que *“Ademas las prestaciones descritas [Pi a P6], el adjudicatario del presente contrato deberá asumir los costes siguientes: Los de los trabajos desarrollados por la consultora que ha realizado los trabajos para la asistencia al Ayuntamiento en la presente contratación (apoyo en la redacción de Pliegos, asistencia a Mesa de Contratación, y caracterización). Dichos trabajos ascienden al importe de 6.000 euros más el IVA que corresponda, y serán abonados por el adjudicatario al día siguiente de la formalización del contrato”*.

Pues bien, los trabajos desarrollados por la consultora que ha realizado la asistencia técnica al Ayuntamiento en la presente contratación tales como apoyo en la redacción de los pliegos, asistencia a la mesa de contratación y caracterización, no tienen vinculación con el objeto del contrato que se licita, de acuerdo con las prestaciones exigidas en el mismo, pues aquellos se tratan de estudios previos y asesoramiento al Ayuntamiento en la contratación.

En efecto, las exigencias en el contrato que se licita están definidas en las citadas prestaciones P1 a P6, dentro del objeto del contrato, esto es la gestión integral del alumbrado público y de los edificios municipales en el término municipal del Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe, incluyendo la gestión energética, la gestión y ejecución del mantenimiento de las instalaciones, la garantía total de reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados, las mejoras de



renovación de las instalaciones y las inversiones en ahorro energético y energía renovables.

Sin embargo, la determinación de la naturaleza y extensión de los parámetros de las prestaciones indispensables para satisfacer sus necesidades, así como su objeto, contenido y el cálculo de los costes para ello, son trabajos que le corresponde realizar al órgano de contratación (artículo 22 del TRLCSP), en tanto que debe definir previamente sus necesidades y la forma de satisfacerlas, sin que los gastos en que incurra para ello puedan ser repercutidos al futuro contratista, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos (v.g. Resolución 271/2017, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

En definitiva, estamos ante servicios propios y de cargo del órgano de contratación que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos. En ese sentido se ha manifestado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en sus Sentencias 1935/2013, de 11 de noviembre y 2232/2013, de 20 de diciembre, que determinan que *“la Sala haciendo aplicación de los preceptos citados y del criterio expuesto por la Sala de Valladolid concluye que la cláusula 7.6, párrafo segundo, y la cláusula 8, párrafo segundo, del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares infringen el art. 131 del Reglamento de Contratación por cuanto que, al incluir los honorarios de la dirección facultativa e inspección de las obras y los honorarios de coordinación y dirección de la seguridad y salud de la mencionada obra en el presupuesto base de licitación del presente concurso, está necesariamente trasladando al contratista -adjudicatario de la obra o del contrato- la asunción de unos gastos y de unos costes que no le corresponden y que no le pueden corresponder, primero porque no pueden integrar ni el presupuesto de ejecución material y tampoco el presupuesto base de licitación, según el transcrito artículo 131, y segundo porque los profesionales que deben llevar a cabo tales funciones debe asumirlos la propia Administración en su condición de promotora y dueña de la obra, bien porque tales labores van a ser llevadas a cabo por sus propios técnicos o bien porque se va a llevar a efecto por profesionales expresamente contratados al efecto*



por dicha Administración, y por ello en uno y en otro caso por personal dependiente profesionalmente de la propia Administración (...)”.

Asimismo, en cuanto a la imposibilidad de trasladar al contratista servicios que son propios y a cargo del órgano de contratación, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos, conviene traer a colación el Informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su conclusión cuarta dispone “*Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95)*”.

Por último, además de lo anterior, se produce una disminución real en el presupuesto de licitación del presente contrato, al incluirse una partida de gastos ajena a las prestaciones objeto del mismo y que no forma parte del expediente de contratación, que las entidades licitadoras habrían de tener en cuenta al elaborar su ofertas.

Procede, pues, estimar el primer motivo del recurso anulando el apartado de la cláusula 2 del PCAP en la que se exige al adjudicatario del contrato asumir determinado coste por importe de 6.000 euros más el IVA que corresponda.

SEXTO. En el segundo de los motivos del recurso, la recurrente denuncia la duración del contrato así como las posibles prórrogas. A su juicio, ha existido un error por parte del órgano de contratación en la determinación del plazo inicial del contrato y de su prórroga, y, en todo caso, que lo recogido en el pliego al respecto no es conforme a derecho.

En este sentido, se procederá en primer lugar a analizar el alegato de la recurrente relativo a la duración del contrato, para posteriormente examinar el referente a su prórroga.



Respecto del plazo de duración del contrato, indica el recurso que el órgano de contratación no puede fijar cualquier plazo de duración de un contrato de forma injustificada o arbitraria, sino que deberá establecerlo en los términos previstos en el artículo 23.1 del TRLCSP, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

Señala el recurso que se ha fijado una duración inicial (12 años) muy superior al plazo habitual para un contrato de suministro, lo que a su entender podría tener su justificación, en línea con el artículo 23.1 TRLCSP citado, en hacer coincidir este plazo con el periodo de amortización de las inversiones que tuviera que realizar el adjudicatario o, incluso, hacerlo coincidir con la vida útil de los activos objeto de inversión por parte de aquél (prestación P5 del objeto del contrato previsto en la cláusula 2 del PCAP).

Sin embargo, indica que el pliego no justifica en modo alguno la duración de 12 años del contrato, limitándose a señalar que la vida útil de las luminarias que debe instalar el adjudicatario -y que comprende la inversión a la que se refiere la citada prestación 5- es de 15 años (párrafo segundo de la cláusula 7 del PCAP).

Concluye la recurrente que no se justifica en modo alguno el plazo de -extraordinaria- duración del contrato (12 años) y, en todo caso, este tendría que ser de 15 años para hacerlo coincidir con la vida útil de las luminarias en línea con los criterios establecidos en el TRLCSP. Y en todo caso, puntualiza, no puede establecerse la obligación del adjudicatario de renovar las luminarias transcurridos 15 años desde la puesta en servicio, cuando la duración inicial del contrato es de 12 años.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la previsión de un plazo inicial de duración del contrato de 12 años, obedece a que las luminarias -bombillas led- tienen una vida útil recomendada de 12 años, de



ahí que la duración al contrato sea de 12 años, para tener el mayor plazo posible para amortizar la inversión.

Concluye el órgano de contratación que, en atención a lo anterior, queda evidenciado que la duración inicial del contrato (12 años) no es una decisión arbitraria, sino discrecional de la Administración y apoyada en una razón técnica (la expuesta).

Pues bien, para el análisis del presente alegato en el que la recurrente en síntesis señala que no se justifica por el órgano de contratación, en modo alguno, el plazo de extraordinaria duración del contrato (12 años), es necesario partir de la calificación del contrato mixto de suministro y servicios que establece el PCAP, y de que la prestación que tiene más importancia desde el punto de vista económico es la de suministro, calificación que no prejuzga este Tribunal y que no es motivo de controversia por parte de la recurrente quien reconoce que estamos en presencia de un contrato de suministro cuando declara que se ha fijado una duración inicial muy superior al plazo habitual para este tipo de contrato.

Al respecto, el vigente TRLCSP no establece una duración específica para el contrato de suministro por lo que habrá que estar a la norma general contenida en el artículo 23. En este sentido se pronuncia el Informe 6/2013, de 16 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, en su conclusión primera.

Así las cosas, en el análisis de la controversia hemos de partir de lo establecido en el artículo 23 del TRLCSP, relativo al plazo de duración de los contratos en general, que dispone en su apartado 1 que *“Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos [no es el caso de los de suministro], la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su*



financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.”

Por tanto, será el órgano de contratación el encargado de establecer la duración de los contratos de acuerdo con las reglas y principios establecidos en el TRLCSP, debiendo responder esa duración, como establece el artículo 23 del citado Texto Refundido, a las necesidades que se pretende satisfacer en consideración a la naturaleza de la prestación, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente las prestaciones objeto del contrato a licitación, de manera que la duración del contrato permita satisfacer las necesidades que justifican su celebración y, a su vez, lo haga atractivo para las empresas, sin que los plazos excesivos de ejecución injustificados constituyan un límite de acceso para las potenciales entidades licitadoras.

Estos principios están presentes en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 8 de marzo de 2011, en el recurso 4149/2008 que, en su fundamento séptimo, pone en relación los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de concurrencia con la duración del contrato.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 25 Marzo de 2010, asunto C-451/2008, *Helmut Müller*, en su considerando 79 aprecia que el mantenimiento de la competencia, lleva a considerar que el otorgamiento de concesiones ilimitadas en el tiempo es contrario al orden jurídico de la Unión.

Por otra parte, el Consejo de Estado en el Dictamen 2154/2002, de 26 de septiembre, en su consideración segunda, se ha pronunciado en términos similares sobre la relación entre la duración de los contratos y el principio de concurrencia .



Por último, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia, en relación a la duración de los contratos, recomienda que: *"La determinación de la duración idónea de un contrato resulta crucial para garantizar un nivel de competencia adecuado en las licitaciones públicas. De acuerdo con la LCSP, la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el periodo de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación"*.

Del régimen expuesto resulta una tensión entre la duración del contrato que debe fijar el PCAP y los principios de acceso a la contratación pública, concurrencia y libre competencia que deberá modular el órgano de contratación ya que es a éste a quien corresponde establecer la duración de los contratos de conformidad con los principios y reglas expresadas en el TRLCSP.

En efecto, el plazo de duración del contrato es una facultad discrecional que corresponde ejercer al órgano de contratación que ha de respetar las condiciones establecidas en la norma -la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas-, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar la procedencia de la misma, salvo que concurra error material, falta de motivación o vicio en los elementos reglados del acto.



En el supuesto examinado, el órgano de contratación -como se ha expuesto anteriormente- manifiesta que la duración inicial del contrato (12 años) no es una decisión arbitraria, sino discrecional de la Administración y apoyada en una razón técnica, el que las luminarias –bombillas led- tienen una vida útil recomendada de 12 años, de ahí que la duración al contrato sea de 12 años, con objeto de tener el mayor plazo posible para amortizar la inversión.

Sin embargo, a juicio de este Tribunal, no se aprecia que esa justificación sea suficiente y razonable para la duración del contrato en relación con la prestación exigida. En este sentido, los pliegos exigen que el adjudicatario realice determinadas inversiones que no se cuantifican, por lo que no es posible determinar si el plazo de 12 años de duración inicial del contrato en relación con el presupuesto de licitación es o no suficiente para que se produzca el necesario equilibrio económico del contrato.

En este sentido, el establecimiento de plazos excesivamente largos conculcaría la exigencia legal de someter periódicamente a concurrencia la realización de las prestaciones, lo que supondría el establecimiento de barreras para entrada de nuevos operadores y quebraría el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos, pues decantaría la balanza del equilibrio económico del contrato en exceso hacia el potencial adjudicatario, pues éste habría no solo amortizado con creces la inversión, sino que habría obtenido un excesivo beneficio industrial en detrimento del control del gasto público.

En definitiva, la ausencia de una justificación suficiente y razonable para la duración del contrato en relación con la prestación exigida, lleva a este Tribunal a dar la razón a la recurrente cuando denuncia que el órgano de contratación no justifica la duración de 12 años del contrato.



A mayor abundamiento, aunque pendiente de aprobación definitiva y publicación oficial, el artículo 29.4 del actual Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público viene a señalar, respecto del contrato de suministro, que *“Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prorrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante (...)”*.

Por último indicar que se aprecia una contradicción en la argumentación del órgano de contratación cuando en su informe al recurso señala que la duración inicial del contrato (12 años) está apoyada en que las luminarias tienen una vida útil recomendada de 12 años, de ahí que la duración al contrato sea de 12 años, para tener el mayor plazo posible para amortizar la inversión, y por otro lado, en el PCAP, en su cláusula 7, tras establecer que el contrato tendrá una duración de 12 años y que podrá prorrogarse, a iniciativa del Ayuntamiento, por un periodo de 8 años, dispone que *“Transcurridos 15 años desde la puesta en funcionamiento del servicio, el contratista deberá proceder a la renovación de las luminarias (vida útil)”*.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede estimar el primer alegato del segundo motivo del recurso anulando el apartado de la cláusula 7 del PCAP en la que se dispone un plazo de duración del contrato de 12 años.

SÉPTIMO. Respecto a la prórroga del contrato, como se ha expuesto, la cláusula 7 del PCAP dispone que *“A iniciativa del Ayuntamiento, el contrato se prorrogará por un período de ocho años, siendo obligatoria en ese caso la prórroga para el contratista”*.

Sobre el particular la recurrente señala que de realizarse la prórroga del contrato por 8 años más, el adjudicatario se encontraría ante la necesidad de



renovar en el tercer año de la prórroga el 100% de las luminarias -según la cláusula 7 del PCAP, transcurridos 15 años desde la puesta en funcionamiento del servicio, el contratista deberá proceder a la renovación de las luminarias-, lo cual no solo sería contradictorio con el propio objetivo de la prórroga (si el contratista necesitó 15 años para lograr un retorno en la inversión, difícilmente la puede lograr en los 5 años que quedasen de prórroga desde la renovación de dichas luminarias), sino que además es contrario a los intereses del propio Ayuntamiento de lograr el mejor precio posible en la adjudicación.

En este sentido, aclara que debe tenerse en cuenta que tomando en consideración la eventual renovación del 100% de las luminarias durante la prórroga del contrato, las distintas entidades licitadoras tendrían que fijar sus proposiciones en base a esa eventual pero incierta prórroga del contrato -y a un precio lógicamente superior al que se establecería de adecuarse el periodo de duración del contrato al de amortización o vida útil de las luminarias objeto de instalación por parte del adjudicatario-.

Por otro lado, alega la recurrente que el hecho de que se establezca en el año 15 del contrato (tercer año de la prórroga), la obligación del contratista de renovar a su cargo el 100% de las luminarias, contraviene igualmente lo dispuesto en el artículo 23.2 del TRLCSP *"El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas"*. Ello, a su juicio, supone incluir en el periodo de prórroga una prestación adicional que altera por completo las condiciones iniciales del contrato.

Entiende la recurrente que se está fijando una prórroga en fraude de ley, evitando así la obligatoriedad de llevar a cabo una nueva contratación del suministro, a partir del año 15 del contrato, lo que provoca un grave perjuicio para el adjudicatario que no percibe retribución por la realización de una prestación adicional, no exigida en el contrato y que tampoco podrá financiar la importante inversión a acometer en el período restante de la prórroga.



Tampoco tendría cabida, a su juicio, dicha prestación adicional en el ámbito del *ius variandi* o prerrogativa de la Administración Pública de modificar un contrato, pues en todo caso ello contravendría lo dispuesto en el artículo 105.2 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que no se está fijando una prórroga en fraude de ley. En este sentido indica que la prórroga no es un nuevo contrato, sino una continuación del existente, de modo que ha de entenderse como un todo; ello supone que si llegase el caso de que el contrato se prorrogase (a instancias de la Administración), de ningún modo se produciría un desequilibrio económico, por las siguientes razones:

Primero porque la inversión será menor, ya que existe tecnología en la que no sería necesario cambiar toda la luminaria, sino solo la placa que contiene los leds, y segundo, porque dentro de 12 años se prevé una reducción de costes considerable de dicha tecnología leds.

Por otro lado, señala el informe al recurso que la renovación de las lámparas de tecnología led no supone un nuevo contrato, sino el simple hecho de renovar los consumibles que se van desgastando; además en la prestación P3 del contrato de garantía total, está incluido el hecho de cambiar cualquier lámpara que se estropee por cualquier causa, incluyendo como es obvio el que llegue al final de su vida útil, entendiendo esta como la reducción del flujo luminoso por debajo del porcentaje considerable, aunque la lámpara siga luciendo.

Concluye el órgano de contratación que estamos en presencia de un contrato complejo que incluye prestaciones propias de los contratos de suministro y de servicios, y que tiene por objeto el servicio integral con garantía total de las mismas. En ese sentido aclara que con la cláusula establecida de renovación de luminarias, no se pretende un cambio integral de todas las lámparas, sino solo de las que hayan llegado a la vida útil (habrá lámparas que hayan tenido que cambiarse antes y que, por ende, no se hallarían en este supuesto), lámparas



que, como se ha fundamentado técnicamente, su coste será reducido cuando hayan transcurrido los 15 años. Esto motiva, a su juicio, que no exista fundamento alguno para pensar en un eventual desequilibrio económico del contrato, al que hay que añadir que el contrato incluye una prestación de inversiones (P5) que ha de realizarse durante el primer año de contrato (solo prevista dentro del período inicial de 12 años) y que tiene por objeto fomentar el *"ahorro de energía y la eficiencia energética y la utilización de energías renovables"*, de modo que se reducen los costes durante los restantes años, sin que desaparezca la obligación de garantía total.

CACTUS, como entidad interesada, en su escrito de alegaciones al recurso se pronuncia en términos similares al órgano de contratación manifestando que la auténtica pretensión del Ayuntamiento a la hora de acordar la posibilidad de prorrogar el contrato no radica en contratar un nuevo servicio de forma encubierta, sino de continuar con la contratación, renovando las instalaciones una vez que queden desgastadas en el plazo de 15 años y amortizar las nuevas por un plazo inferior al inicial, habida cuenta de que la inversión será menor, al existir tecnología de base que ya fue utilizada en la primera instalación de luminarias, y la reducción del coste de la tecnología led una vez pasados 12 años desde la formalización del contrato.

Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis.

Al respecto, y siguiendo con el artículo 23 del TRLCSP, éste establece en su apartado segundo en lo que aquí interesa que *"El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas"*.

En este sentido, el Informe 4/2013, de 20 de diciembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Madrid, alegado por la recurrente, dispone en el párrafo tercero de su consideración segunda que *"La prórroga del contrato exige, conforme a lo previsto en el citado artículo 23.2 del TRLCSP, que las características*



del contrato permanezcan inalterables durante el periodo de duración de la prórroga y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga. Por tanto, la prórroga del contrato es una continuidad de la contratación y no un nuevo contrato (...)”.

En efecto, el artículo 23.2 del TRLCSP impide que las partes -órgano de contratación y contratista-, de mutuo acuerdo o por la sola voluntad de una de ellas, varíen, aprovechando el nuevo periodo de vigencia contractual, el clausulado inicial del contrato al margen de lo dispuesto con carácter general para las modificaciones contractuales.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto anteriormente, el objeto del contrato se determina en la cláusula 2 del PCAP que dispone que éste se desglosa a su vez en una serie de prestaciones que la empresa adjudicataria está obligada a llevar a cabo. Tales prestaciones las enumera dicho pliego de la 1 a la 6: P1 Gestión Energética, P2 Gestión del Mantenimiento, P3 Garantía Total, P4 Mejoras de renovación de las instalaciones P5 Inversiones en ahorro energético y energías renovables y P6 Control de Implantación del Proyecto.

La mencionada cláusula 2 dispone respecto de la prestación P5 Inversiones en ahorro energético y energías renovables, que se deberán ejecutar por el adjudicatario en los primeros seis meses de vigencia del contrato, que podrán ser ampliados a doce dependiendo del estado de las instalaciones, y no tendrán ninguna repercusión económica para el contrato. En este sentido, el propio órgano de contratación en su informe al recurso, y como se ha expuesto, afirma que *“el contrato incluye una prestación de inversiones (P5) que han de realizarse durante el primer año de contrato (sólo prevista dentro del período inicial de 12 años)”*.

Queda pues claro que la prestación “P5 Inversiones en ahorro energético y energías renovables” solo va a ser ejecutada en el periodo inicial del contrato



pero no en la eventual prórroga del mismo, por lo que se vulnera la previsión de que la prórroga del contrato exige, conforme a lo previsto en el artículo 23.2 del TRLCSP, que las características del contrato permanezcan inalterables durante el periodo de duración de la prórroga.

Pero es que además de lo anterior, tal y como alega la recurrente en su recurso, en la eventual prórroga se establece una prestación adicional que no estaba contemplada en el contrato original, a saber: la obligación del contratista de renovar las luminarias transcurridos 15 años desde la puesta en funcionamiento del servicio, es decir en el tercer año de vigencia de la eventual prórroga.

En este sentido, no puede admitirse el alegato del órgano de contratación cuando afirma que *“con la cláusula establecida de renovación de luminarias, no se pretende un cambio integral de todas las lámparas, sino sólo de las que hayan llegado a la vida útil (habrá lámparas que hayan tenido que cambiarse antes y que, por ende, no se hallarían en este supuesto)”*. Sin embargo la dicción del párrafo segundo de la cláusula 7 del PCAP es claro y preciso, no admitiendo condicionamiento alguno pues dispone que *“Transcurridos 15 años desde la puesta en funcionamiento del servicio, el contratista deberá proceder a la renovación de las luminarias (vida útil). Los elementos directamente reutilizables serán puestos a disposición del Ayuntamiento de forma gratuita por el contratista. En cambio, los elementos no directamente reutilizables, deberán ser entregados por el contratista a un gestor autorizado para su reciclaje”*.

En definitiva, la prórroga prevista en el PCAP infringe el artículo 23.2 del TRLCSP pues supone, como se ha expuesto, la variación del clausulado inicial del contrato, al margen de lo dispuesto con carácter general para las modificaciones contractuales.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede estimar el segundo alegato del segundo motivo del recurso, anulando el apartado de la



cláusula 7 del PCAP en la que se dispone que, a iniciativa del Ayuntamiento, el contrato se prorrogará por un período de ocho años.

OCTAVO. En el tercero y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia los costes para el adjudicatario derivados de la contratación por el Ayuntamiento de un técnico competente para la asistencia a las mesas.

Afirma la recurrente que en la cláusula 15.1 del PCAP, se indica en relación a la composición de la mesa de contratación que formará parte de la misma un técnico competente con conocimientos suficientes para poder evaluar los proyectos y memorias presentados por las entidades licitadoras y que el coste de los servicios, dietas o indemnizaciones que haya que abonar a dicho técnico, serán por cuenta del adjudicatario, estableciendo un límite máximo de 10.000 euros.

En este sentido, concluye que tal y como se ha expuesto anteriormente respecto al coste derivado de la consultora que asiste al Ayuntamiento en la preparación y ejecución de la licitación, tampoco procede la asunción por parte del contratista de un coste que no forma parte del objeto del contrato ni se encuentra ligado a la ejecución del mismo.

Al respecto, la citada cláusula 15.1 del PCAP, relativa a la composición de la mesa de contratación, dispone en lo que aquí interesa que:

“La Mesa de Contratación del Ayuntamiento de ALBAIDA DEL ALJARAFE tendrá la siguiente composición: (...).

- Técnico competente con conocimientos suficientes para evaluar los proyectos y memorias presentados por los licitadores, personal de Instituto u Organismo oficial, designado por éste a solicitud del Ayuntamiento (...).

El Sr. Técnico competente de Instituto u Organismo oficial (asesor especializado y vocal de la Mesa), procederá a la emisión de Informe sobre las propuestas presentadas, sin establecer puntuación alguna. Este asesor tendrá voz y voto en las decisiones de la Mesa. El asesoramiento de este técnico se realizará a través de informe por escrito, aunque el resto de miembros de la mesa podrán pedir



verbalmente en la sesión correspondiente de la mesa las aclaraciones o explicaciones que necesiten, incorporándose al Acta de la sesión el Informe y resumen de las explicaciones o aclaraciones. Sin perjuicio de otros gastos indicados en el presente Pliego, serán de cuenta del adjudicatario los gastos de dietas, costes o indemnizaciones que hayan de ser abonadas al citado técnico, con el límite máximo de 10.000 euros (...)”.

Así las cosas, y como se ha analizado en el primero de los motivos del recurso, estamos ante servicios propios y a cargo del órgano de contratación que no pueden ser trasladados al contratista, ni tan siquiera en virtud del principio de libertad de pactos.

Asimismo, además de lo anterior, y como ya se expuso en el primer alegato de recurso, se produce una disminución real en el presupuesto de licitación del presente contrato, al incluirse una partida de gastos ajena a las prestaciones objeto del mismo y que no forma parte del expediente de contratación, que la entidades licitadoras habrían de tener en cuenta al elaborar su ofertas.

Procede, pues, estimar el tercer motivo del recurso anulando el apartado de la cláusula 15.1 del PCAP en la que se exige al adjudicatario del contrato asumir determinado coste por importe máximo de 10.000 euros.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, procede estimar el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la elaboración del mismo, a fin de que en el nuevo pliego que, en su caso, se apruebe se tenga en cuenta lo indicado en la presente resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Gestión integral de energía de edificios municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe (Expte. 369/2017), convocado por el Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe (Sevilla) y, en consecuencia, anular el acto impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la elaboración del mismo, a fin de que en el nuevo pliego que, en su caso, se apruebe se tenga en cuenta lo indicado en la presente resolución, debiendo 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 acordada por este Tribunal en Resolución de 19 de septiembre de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

