



EB 2015/052

Resolución 067/2015, de 26 de junio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por tres concejales del Ayuntamiento de Muskiz contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto “contrato mixto de suministro y servicios energéticos de las instalaciones municipales”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de mayo los concejales del Ayuntamiento de Muskiz, doña R. M.I., don P. S.F y don F.J. G.G. presentaron en el libro registro del Ayuntamiento de Muskiz recurso especial en materia de contratación la adjudicación del contrato mixto de suministro y servicios energéticos de las instalaciones municipales.

SEGUNDO: El recurso, expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) causaron entrada el 19 de mayo de 2015 en el libro registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO).

TERCERO: El recurso fue trasladado a los interesados el 25 de mayo de 2015 al objeto de que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndose recibido las de la empresa GIROA, S.A.U. el día 28 de mayo de 2015.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Con independencia de la calificación del contrato como de suministro o de servicios, circunstancia que no es discutida por los recurrentes, se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, susceptible de recurso ante este OARC / KEAO.

SEGUNDO: El objeto del recurso es la adjudicación del contrato, acto recurrible según lo dispuesto en el artículo 40.2 a) Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Muskiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3 del TRLCSP).

QUINTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) No se ha emitido el informe de la Secretaria, previo a la elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), tal y como previene la disposición adicional segunda del TRLCSP.

b) Se ha omitido el trámite de nombramiento de los miembros de la Mesa de contratación por el órgano de contratación, tal y como previene el art. 320.3 del TRLCSP, y no se ha publicado la constitución de la Mesa y de sus componentes en el perfil del contratante.

c) El pliego del contrato no recoge la prestación 5 del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación del suministro de energía y gestión energética en edificios públicos, que el Real Decreto-Ley 6/2010 y sanciona la Junta Consultiva de Contratación Administrativa recomienda en su Informe 43/09. Esta omisión se debe a que las inversiones



las está realizando el propio Ayuntamiento. Esta circunstancia desnaturaliza las virtudes del efecto de la adjudicación del contrato ya que, además de externalizar los servicios energéticos contratados, se externalizan los ahorros energéticos.

d) El informe técnico de «Valoración global del concurso de Suministro y Servicios Energéticos y Mantenimiento con garantía total de las instalaciones municipales» está suscrito por persona que se indica que es «Responsable de Emergencias, seguridad y Salud Laboral», pero sin que exista ningún puesto con dicha denominación según la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento y desempeñando la persona firmante el puesto de Agente de la Policía Local de Musquiz.

e) Falta de informe de conformidad emitido por el Departamento de Tesorería y de Contratación de la documentación requerida para la adjudicación del contrato y que la adjudicación efectuada por el órgano de contratación se realizó una vez transcurrido el plazo de cinco días señalado en el art. 151.3 del TRLCSP.

SEXTO: El Ayuntamiento de Muskiz se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El pliego aprobado es un pliego-tipo, utilizado en todos los expedientes de contratación de la Junta de Gobierno Local como de Pleno, que fue informado en su día tras la entrada en vigor del TRLCSP, habiéndose indicado por parte de la Junta Consultiva Central (Informe 46/01, de 30 de enero de 2002) la innecesidad de informe si ya están informados los pliego-tipo. Es la Secretaria, a quien le compete el asesoramiento jurídico municipal, quien elaboró los PCAP y es quien dirige y supervisa los mismos según las funciones aprobadas por el propio órgano de contratación (Pleno) y que a los recurrentes, en su calidad de concejales, les corresponde el derecho a solicitar los informes de Secretaría que estimen necesarios, contando el grupo de los concejales recurrentes con el número de ellos exigido por el Real Decreto 2586/1986, de



28 de noviembre. En cualquier caso, la falta de emisión previa a los pliegos supondría una irregularidad no invalidante y, por tanto, resultaría extemporánea su impugnación en este momento procesal.

b) La constitución de la Mesa de contratación se adecúa a la disposición adicional segunda del TRLCSP y, en este caso, está constituida por: la Secretaria de la Corporación, el Interventor municipal, el Alcalde-Presidente o su suplente, actuando como Secretario el Funcionario del Área de Contratación y Urbanismo y fueron convocados por orden de Alcaldía todos los grupos políticos, entre ellos los recurrentes, sin que éstos acudieran a las reuniones. Sobre los defectos formales en la convocatoria y composición de la Mesa de contratación, la jurisprudencia determina la nulidad del acto recurrido únicamente cuando impida su finalidad o cause indefensión.

c) El art. 19 del Real Decreto-Ley 6/2010 regula las empresas de servicios energéticos y nada dispone sobre los contratos de las administraciones públicas. El Ayuntamiento estableció el objeto del contrato conforme a las necesidades administrativas a satisfacer en Muskiz, entendiendo que no debía encarecerse el precio del servicio con la inclusión de inversiones puesto que un gran volumen de éstas había sido realizadas por el propio municipio.

d) El informe técnico, que es de solicitud potestativa y no vinculante, se solicitó al Agente de Policía Local, coordinador de Salud Laboral, Emergencias y Medio Ambiente, también designado por Decreto de Alcaldía de 3 de julio de 2014 coordinador de las actuaciones procedentes para la implantación de los sistemas de calidad en los diferentes ámbitos municipales. Dicho Agente posee el título de «Auditor Energético en Edificación» ha realizado el curso de «Optimización de Factura Energética» y cuenta con un Máster en Calidad y Medio Ambiente a la fecha de realización de los informes.

e) Se alega falta de motivación de la valoración global que adjuntan como Anexo 2 al recurso. Sin embargo ésta es únicamente la valoración global realizada tras la suma de la puntuación de cada uno de los criterios de



adjudicación, fue valorado individualmente, tal y como consta en el expediente y en el perfil del contratante y su motivación cumple con los requisitos de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre.

f) La documentación requerida a la empresa fue presentada en el plazo de diez días hábiles regulado en el art. 151.2 TRLCSP y los Departamentos de Tesorería y Contratación la informaron debidamente. El plazo de cinco días previsto en el art. 151.3 TRLCSP es difícil de respetar en las adjudicaciones que son sometidas al Pleno de la Corporación pues están sujetos a una serie de formalidades, como el sometimiento al estudio previo de la Comisión Informativa del área correspondiente, etc... No obstante, los tribunales contractuales se han venido pronunciando en el sentido de que son irregularidades no invalidantes (Tribunal recursos contractuales de la Comunidad de Madrid resolución 107/2012, Tribunal de recursos contractuales de Andalucía, Resolución nº 107/2012).

SÉPTIMO: La empresa GIROA ha presentado alegaciones en el siguiente sentido:

a) El art. 44 TRLCSP establece la obligación de interponer recurso acompañado de copia del anuncio previo, que no consta, por lo que salvo que se subsane su aportación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44.5 TRLCSP, el recurso deberá ser inadmitido.

b) Los recurrentes no acreditan ni su condición de concejales ni que hayan votado en contra del acto recurrido. En concreto, deberán acreditar que votaron en contra de la adjudicación del contrato así como en contra del acuerdo de aprobación de los pliegos y que, además, defienden un interés legítimo concreto que puede afectar negativamente al municipio que representan pues no pueden tener legitimidad para una mera defensa de la legalidad formal, propias de irregularidades no invalidantes, como la presunta ausencia de informes que no son legalmente necesarios, presunta falta de capacidad del firmante del informe técnico, incumplimiento de plazos de adjudicación.



c) El recurso se centra en cuestiones formales de legalidad pero referidas en su mayoría al PCAP, no al acuerdo de adjudicación, por ello, las alegaciones primera y tercera no pueden ser analizadas porque el acuerdo probatorio del pliego no fue recurrido y ha quedado firme y consentido. Ello también podría afectar a la alegación segunda, al menos en parte, porque no se acaba de entender el motivo.

d) Sobre la presunta aprobación del Pliego sin informe de Secretaría: (i) no es preceptivo el informe en todos y cada uno de los pliegos (ii) lo habitual en las entidades locales es que la persona titular de la Secretaría no informe el Pliego sino que lo redacte.

e) No es necesario publicar la constitución de la Mesa de contratación y sus componentes en el perfil del contratante, de conformidad con el art. 53.2 del RDL 3/2011. Por otro lado, la constitución formal o no de la Mesa de contratación sería una irregularidad no invalidante, tanto si no hubiera habido Mesa de contratación pero en la práctica se hubiera sustituido por las reuniones del Órgano de contratación (en este caso el Peno), como si la hubiera habido con alguna irregularidad formal en su composición.

f) En el recurso se defiende que hubiera sido mejor añadir una prestación adicional al contrato licitado, relativa a inversiones en ahorro energético, basado en una recomendación de la Junta Consultiva a la que se pretende dar cobertura legal con remisión al art. 19.2 del RDL 6/10, alegando que no es posible licitar un contrato de suministro de servicios energéticos que no incluya unas relevantes inversiones en ahorro energético. Ello no es verdad pues el citado artículo simplemente define las empresas de servicios energéticos, sin obligar a que los contratos públicos tengan que abarcar todas y cada una de las actividades que se definen e incluso habla de que su actuación podrá comprender o no la actualización o renovación de equipos y sistemas. Es importante señalar que la incorporación de inversiones dentro del pliego como prestación P5 implica necesariamente la asunción por parte del Ayuntamiento de los costes financieros derivados de la misma, cosa que no ocurre si es el



propio Ayuntamiento quien las acomete mediante las correspondientes licitaciones de obras. Pero, ni siquiera es cierto que el contrato no prevea relevantes inversiones con la finalidad de ahorro energético, pues el Anexo 3 del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT) incluye numerosas obras de mejora y renovación de las instalaciones.

g) No se exige Comité de expertos pues los criterios de valoración objetiva suponen el 60% de la puntuación total. El informe técnico publicado en el perfil del contratante no contiene firma ni identifica a su autor pero está suficientemente motivado, con explicaciones detalladas y suficientes y su contenido manifiesta un conocimiento exhaustivo del objeto de este tipo de contratos. En todo caso, en la medida en que no se realiza ningún reproche concreto al informe y que la diferencia sustancial que genera la adjudicación se produce por la aplicación de los criterios objetivos (precio), se trataría, a lo sumo, de una irregularidad no invalidante.

h) Que el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local dispusiera la conveniencia de que se emitieran informes de Contratación y Tesorería sobre la documentación a presentar por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, no tiene mayor sentido pues nada hay que analizar, tan solo verificar la entrega de la documentación. En lo que respecta al incumplimiento del plazo para efectuar la adjudicación, constituye una irregularidad no invalidante que se subsana con el acuerdo del órgano de contratación (Informe 11/2011, Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón).

OCTAVO: Los recurrentes acreditan su condición de concejales del ayuntamiento de Muskiz por el PSE y en el expediente consta el acta del Ayuntamiento en Pleno de fecha 29 de diciembre de 2014 en la que los Concejales del PSE se oponen a la aprobación del contrato mixto de suministro y servicios energéticos de las instalaciones municipales y el acta del Ayuntamiento en Pleno de fecha 27 de abril de 2015 en el que consta el voto



en contra de dos concejales del PSE al acuerdo de adjudicación del mencionado contrato.

La empresa GIROA, en las alegaciones realizadas en la tramitación del expediente, pone en duda la legitimación de los concejales para la interposición del recurso.

En el recurso que ahora nos ocupa los concejales recurrentes basan su legitimación en la STC 173/2004, en el Acuerdo 44/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en la Resolución 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y en la Resolución 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

La legitimación de los concejales ha sido objeto de análisis por este OARC / KEAO en su Resolución 62/2015, en la que se viene a decir que

«En relación con la legitimación de los concejales, el Tribunal Constitucional en la sentencia 173/2004, de 18 de octubre, tras analizar el concepto de “interés legítimo” como título de legitimación activa señala, en su fundamento 4, lo siguiente:

“Sentado lo anterior, es necesario tener en cuenta que, al lado de esa legitimación –que en definitiva es la general para poder acceder al recurso o proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA–, existe una legitimación *ex lege*, que conviene 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 las bases del régimen local.



Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, independiente del derivado del régimen general –y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio, conforme antes se destacó en el fundamento 3, apartado a)–, encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL”

El TC considera que, junto a la legitimación general basada en el “interés legítimo”, existe una legitimación *ex lege* a favor de los concejales, basada en el art. 63 LBRL, que es diferente a la acción pública, que se deriva de su condición de representante popular y que se traduce en un interés concreto de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha confirmado esta jurisprudencia en la sentencia 210/2009, de 26 de noviembre.»

Continuaba la mencionada Resolución 62/2015, analizando el concreto interés alegado por los concejales recurrentes como sustento de su pretensión para concluir, finalmente, que gozaban de legitimación para interponer dicho recurso.

Conforme a la STC 173/2004, el título legitimador de los concejales que han mostrado su disconformidad al acto recurrido es diferente a la acción pública, por lo que no puede basarse únicamente en la mera defensa de la legalidad y, por otro lado, el interés en controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento es un medio para conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, por lo que habrá que analizar estos aspectos para concluir si los recurrentes en el recurso que han presentado gozan de legitimación.

En el recurso ahora analizado, los recurrentes se limitan a relacionar una serie de defectos en la tramitación del expediente –el PCAP no está informado por la Secretaria, se ha omitido el trámite del nombramiento de los miembros de la mesa de contratación, falta el informe de conformidad a la documentación presentada por la empresa que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa y que el órgano de contratación ha adjudicado el contrato una vez



transcurrido el plazo de cinco días establecido en el TRLCSP– y en lo que respecta a las cuestiones de fondo –no inclusión en el PCAP de la prestación P5 «inversiones en ahorro en energético y energías renovables» que figura en el modelo de PCAP para la prestación del suministro de energía y gestión energética en edificios públicos y falta de motivación del informe de valoración de las ofertas así como falta de competencia técnica de quien lo ha emitido–. A de señalarse que se alega su concurrencia pero no se observa ni un somero intento de justificar en qué medida éstas afectan negativamente a las necesidades de los vecinos a los que representan. Así, se alega la omisión de la prestación P5 basada en un incumplimiento de una recomendación de la JCCA, que no es obligatoria, y sobre la base de la cita de un artículo que no es de aplicación y contiene afirmaciones que no se hallan ni argumentadas ni fundadas, como la de que se ha eliminado la prestación P5 porque estas inversiones las está realizando el Ayuntamiento de Muskiz, omisión, por otra parte, no solo lógica sino obligatoria para el órgano de contratación, pues es contrario a una gestión eficiente del gasto público el que se dupliquen innecesariamente las inversiones.

En lo que en lo que respecta a la supuesta falta de motivación del informe, el recurso pone de manifiesto que únicamente figura una puntuación global, sin embargo, en el expediente remitido por el Ayuntamiento consta un informe de valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor (doc. 26) y, además, este documento se halla publicado en el perfil del contratante, por lo que una actuación diligente de los recurrentes, consistente en la solicitud del informe o la consulta al perfil del contratante, hubiera resuelto la controversia.

Finalmente, en lo concerniente a la falta de competencia del redactor del informe de valoración (resulta curioso que no se haya tenido acceso al informe pero se afirme quien es su autor y firmante), los recurrentes no realizan ningún reproche concreto a la razonabilidad de las conclusiones del mismo, ni intentan argumentar mínimamente en qué ha afectado dicho informe a la adjudicación del contrato, teniendo en cuenta que ésta ha pivotado sobre los criterios



evaluables mediante fórmulas donde la empresa GIROA tiene 10,63 puntos más que la empresa que ha efectuado la segunda oferta más económica.

En resumen, se puede afirmar que el recurso se basa en una relación de defectos formales del expediente que persigue un interés de defensa de la legalidad y en lo que respecta a los asuntos de fondo denunciados no se ha argumentado en qué perjudica el acto recurrido los intereses de la comunidad vecinal, sin que todo ello sea un título legitimador suficiente para interponer el recurso especial en materia de contratación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial interpuesto por tres concejales del Ayuntamiento de Muskiz contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto “contrato mixto de suministro y servicios energéticos de las instalaciones municipales”.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko ekainaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de junio de 2015