

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de enero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña P.R.R., actuando en nombre y representación de Blachere Iluminación España, S.A. contra la adjudicación de un contrato por un árbol de Navidad, fuera del marco del contrato de suministro de iluminación ornamental de calles y plazas de Alcorcón con motivo de las fiestas patronales y de las fiestas navideñas 2016-2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por Decreto de 8 de agosto de 2016 del Concejal Delegado de Cultura y Festejos, se adjudicó el contrato de suministro de iluminación ornamental de calles y plazas de Alcorcón con motivo de las fiestas patronales y navideñas 2016-2017, a la sociedad Blachere Iluminación España, S.A., por un importe de 182.400 euros, IVA incluido, constando como valor estimado del contrato 396.694,21 euros.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas PCAP (cláusula 3) y del Pliego de Prescripciones Técnicas PPT, el suministro comprenderá:

- un mínimo de 55 arcos luminosos de lámparas microled en las calles que enumera.
- letreros luminosos de lámparas microled que incluyan la leyenda “FELIZ NAVIDAD” también en las zonas que señala.
- decoración en 85 árboles a base de cordón luminoso de longitud entre 36 y 40 metros, ubicados en las calles que enumera.
- suministro e instalación de la decoración de la fachada del Ayuntamiento (Plaza de España) mediante perfilado de guirnaldas y caídas desiguales de hilo luminoso tipo led.
- decoración de la fachada del Teatro Buero Vallejo mediante perfilado de guirnaldas y caídas desiguales de hilo luminoso tipo led.
- 69 decoraciones de farola de microlámparas led.
- decoraciones tridimensionales, completamente iluminadas con tecnología tipo led en diversas glorietas del municipio que detalla.
- un Misterio compuesto por 5 figuras (Virgen, Niño, San José, Mula y Buey) formadas por una estructura tridimensional, que permitirá definir los contornos de las distintas figuras y decorar en sí mismas durante el día, sin la presencia de luz alguna.

El día 2 de noviembre, se inició por parte de la adjudicataria el montaje de las instalaciones de Navidad. En esa fecha, consta una solicitud por parte del Ayuntamiento de un árbol de gran tamaño para colocarlo en la plaza del Ayuntamiento, a la que la recurrente contestó proponiendo colocar el árbol a cambio de las decoraciones 3D ofrecidas como mejoras y que tenían precios equivalentes al árbol. Dicho ofrecimiento fue rechazado, indicando que se cumpliera con las mejoras del proyecto inicial.

Segundo.- Con fecha 5 de diciembre de 2016, se adjudica el contrato menor para el suministro en régimen de alquiler de un árbol navideño en Plaza de España con motivo de las fiestas de Navidad 2016- Reyes 2017, a la empresa Alquiler y Trabajos en elevación, S.L., por importe de 9.680 euros IVA incluido, previa petición de varias ofertas efectuada el 14 de noviembre anterior. Dicho contrato finalizó el 8 de enero de 2017.

Tercero.- El 21 de diciembre de 2016, se interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la “conducta del Ayuntamiento de Alcorcón”, previa la presentación en fecha 20 de diciembre, del anuncio previo a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que ese mismo día lo remitió al órgano de contratación requiriéndole para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del TRLCSP, remitieran el expediente administrativo y el informe a que se refiere el mismo artículo.

En el recurso se alega que *“Un árbol de navidad está sin duda enmarcado en el Objeto del contrato de navidad que Blachere tiene con el ayuntamiento de Alcorcón. Además dentro de los emplazamientos considerados en el contrato figura ciertamente la Plaza del Ayuntamiento. Por otra parte, los constantes correos sobre incidencias del montaje de navidad parecen corresponder a la voluntad que hay detrás de todo esto de tener argumentos para terminar el contrato con Blachere anticipadamente y darle el contrato a la empresa que ha puesto el árbol este año.”* Y se solicita, en consecuencia, que en caso a que hubiera lugar a un fraccionamiento de contrato o cualquier otra figura que perjudique los legítimos intereses de la adjudicataria, se proceda a ordenar el equilibrio contractual que se ha descompensado cuantitativa y cualitativamente.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el 30 de diciembre de 2016, en el que se aduce que el recurso ha sido interpuesto por *“no haber tenido ninguna noticia sobre el concurso y posterior adjudicación de un contrato por un árbol de navidad”*, supuesto que no parece estar expresamente contemplado en el artículo 40.2 del TRLCSP, a pesar de lo cual señala que el pliego de prescripciones técnicas no contempla como ubicación del contrato de suministro de ornamentación la plaza del Ayuntamiento, sino la fachada del mismo, en la que establece una decoración que podrá ser mejorada por la empresa. Nada se dice de otros elementos ornamentales

independientes en esta plaza, por lo que considera que el árbol navideño no está dentro del objeto del contrato.

Asimismo pone de relieve la existencia de incumplimientos en la ejecución del contrato de suministro, y que las consideraciones vertidas en el recurso, atribuyendo a los correos electrónicos que se le envían para recordarle las obligaciones pendientes la finalidad de terminar con el contrato y dárselo a la empresa que ha puesto el árbol, no responden a la realidad, sino que los correos electrónicos por los que se le recuerdan sus obligaciones a Blachere, después de haberle recordado verbalmente tanto los plazos como las tareas pendientes, tienen como fin dejar constancia de las incidencias que se están produciendo para, en su caso, fundamentar la imposición de penalidades o la resolución del contrato por incumplimiento.

Añade que no ha habido ninguna voluntad de fraccionar el contrato y que el suministro, en régimen de alquiler, de un árbol navideño, mediante un contrato menor, en ningún momento ha buscado perjudicar los intereses de Blachere; y teniendo en cuenta el objeto del contrato y el contenido de la oferta, no se produce duplicidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Blachere Iluminación España, S.A. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que la colocación de un árbol de Navidad fuera del ámbito del contrato del que es adjudicataria, podría perjudicar sus intereses, habiendo solicitado además que se ordenar el equilibrio contractual

que, a su juicio, se ha descompensado.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que a pesar de la confusión en el escrito de recurso, éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato menor de suministros, por lo tanto, no sujeto a regulación armonizada, por lo que en principio no sería susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP, por no alcanzar el umbral de 209.000 euros. Ahora bien, el objeto del recurso consiste precisamente en que se declare que se ha producido un fraccionamiento del contrato principal, cuyo valor estimado debe ser considerado en tal caso, como el parámetro para determinar la competencia de este Tribunal. De esta forma siendo así que la suma del valor de ambos contratos los sitúa dentro del ámbito del interés comunitario y por tanto del recurso especial, cabe concluir que la actuación recurrida es susceptible de recurso.

Cuarto.- En cuanto al plazo para la interposición del recurso, consta que el Decreto de adjudicación del contrato menor es de fecha 2 de diciembre, habiendo sido interpuesto el recurso el día 21 del mismo mes, dentro del plazo de los quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, a pesar de que dicha adjudicación no fue notificada a la adjudicataria del contrato inicial.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se centra en determinar si la adjudicación del contrato menor de suministro de un árbol navideño, constituye un supuesto de fraccionamiento del contrato principal y si del mismo se ha derivado algún perjuicio a la recurrente con el objeto de restablecer el equilibrio del contrato.

De acuerdo con el artículo 86.2 TRLCSP: *“2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”*

Este precepto es trasposición de lo señalado en el artículo 9.3 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, recogido hoy día en el artículo 5.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, *“La elección del método para calcular el valor estimado de una contratación no se efectuará con la intención de excluir esta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas”*.

Debe por tanto concretarse en qué casos puede hablarse de fraccionamiento del objeto del contrato, así la Sentencia de 5 de octubre de 2000 Asunto C-16/1998 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece los criterios a tener en cuenta (fijados respecto de un contrato de obras pero extrapolables a otro tipo de contratos, como expresamente ha señalado la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 dictada en el asunto C-574/2010), sistematizados en la Resolución 571/2016 del Tribunal Central de Recursos Contractuales, de la siguiente forma: *“a) Dado el concepto de obra contenido en la Directiva, para determinar si estamos ante una única obra, con diversas prestaciones, o ante obras distintas ha de atenderse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación (considerando 38).*

b) La existencia de una única obra a estos efectos no depende de factores tales como que la competencia para su licitación corresponda en exclusiva a un poder adjudicador o a varios o que su ejecución pueda ser efectuada por uno o varios empresarios (considerando 43).

c) El hecho de que en otras ocasiones se haya optado por efectuar una sola licitación para todos los trabajos, no implica que estemos ante una única obra (considerando 59).

d) En todo caso, cada supuesto debe valorarse en función de su contexto y de sus propias particularidades (considerando 65).

En definitiva, la cuestión principal, de conformidad con la citada jurisprudencia comunitaria, no se encuentra tanto en la existencia de una intención elusiva por parte

del poder adjudicador, sino en el carácter único de lo que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar. De este modo, si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos expedientes, aunque no existiera una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido. Por el contrario, cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica, da igual cuáles sean las motivaciones del poder adjudicador al definir el objeto del contrato, no existirá fraccionamiento”.

Este criterio ha sido confirmado con posterioridad por otras sentencias del mismo TJUE, pudiendo citar al respecto la de 11 de julio de 2013, dictada en el asunto T-358/08.

Así cabe concluir que cuando el órgano de contratación pretende contratar una obra, suministro o servicio para satisfacer una determinada necesidad, existiendo una única finalidad técnica y económica de las diferentes prestaciones que se contratan, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, el cual podrá en su caso dividirse en lotes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 TRLCSP.

Pues bien, en el presente caso el órgano de contratación licitó inicialmente por procedimiento abierto un único contrato que incluía toda una serie de prestaciones relativas al suministro de iluminación ornamental de calles y plazas de Alcorcón, que fue adjudicado a la recurrente, durante la ejecución del contrato el órgano de contratación plantea la modificación del mismo, añadiendo una prestación, cual era la de colocar un árbol de navideño en la plaza del Ayuntamiento, que al no ser aceptada por la empresa adjudicataria en los términos planteados determina que el órgano de contratación opte por contratar de forma separada esta última prestación.

La cuestión, por tanto, es si entre los distintos contratos existía o no un vínculo operativo y si era posible su contratación por separado, con independencia de la intencionalidad de elusión o no del procedimiento de licitación aplicable.

Del examen del expediente administrativo, se desprende que no se produce un fraccionamiento desde el momento inicial del diseño de la licitación, sino que el posible fraccionamiento surge en un momento posterior, cuando se plantea la colocación de un árbol de Navidad en la plaza del Ayuntamiento. Es cierto por otro lado que no se produce duplicidad en la contratación, como aduce el Ayuntamiento puesto que en el PPT del contrato de suministro, no está prevista la colocación de ningún elemento ornamental en la plaza, sino solo en la fachada. Pero no lo es menos que no se trata de la existencia de una duplicidad que hubiera determinado la nulidad del segundo contrato, sino de un concepto diferente como es el del fraccionamiento del contrato, que gira en torno a la unidad funcional de prestaciones.

En el caso que nos ocupa, qué duda cabe que el “descuelgue” eventual de distintos elementos de ornamentación, tanto para las fechas navideñas, como para las fiestas patronales, supone un fraccionamiento del contrato. Efectivamente siendo diversos los elementos ornamentales a colocar, sus ubicaciones y formatos, nada autoriza la interpretación de que el árbol de navidad no debiera haber estado incluido en el contrato inicial.

Por otra parte, como hemos indicado si bien la intencionalidad no es determinante de la identificación del fraccionamiento del contrato, cabe indicar que no se aprecia por parte del Ayuntamiento intención elusiva alguna del procedimiento de licitación, en tanto en cuanto el contrato inicial sí superaba el umbral para su consideración como sujeto a regulación armonizada y la adjudicación del segundo contrato menor parece deberse a una imprevisión en el primero, solicitándose al recurrente su ejecución inicialmente.

En todo caso parece que se ha producido un supuesto de imprevisión en el contrato inicial de un elemento y que para su solución, teniendo en cuenta las fechas en que se producen los hechos, al no ser posible llegar a un acuerdo con la recurrente se acude al sistema del contrato menor, al no concurrir además en principio, ninguna de las causas que de acuerdo con el artículo 105.2 y 174.b) del TRLCSP permiten la modificación contractual con el fin de adicionar prestaciones complementarias, ni

estando prevista la modificación en el PCAP, ni dándose tampoco ninguno de los supuestos del artículo 107 del TRLCSP, en este caso.

Debe por tanto estimarse el recurso por este motivo. A este respecto cabe señalar que si bien el fraccionamiento contractual llevaría consigo la anulación del contrato, el mismo ya se ha ejecutado, habiendo incurrido la adjudicataria en un coste y realizado unos trabajos que debe ver satisfechos en virtud del principio de indemnidad evitando el enriquecimiento injusto de la Administración.

Sexto.- Sentada la existencia del fraccionamiento del contrato, debe determinarse el alcance de la eficacia esta Resolución, puesto que el contrato de alquiler del árbol navideño está ejecutado, habida cuenta del *petitum* del recurso en relación con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En este caso cabe señalar que el restablecimiento del equilibrio económico financiero de los contratos es una figura pensada básicamente para los contratos de larga duración en que las vicisitudes de su ejecución y desarrollo pueden alterar las condiciones iniciales en que fueron pactados, lo que justifica el restablecimiento del equilibrio económico a favor del contratista usualmente. Así se establece en el artículo 282 del TRLCSP.

En el caso del contrato de suministros el artículo 296 del TRLCSP establece que: *“Cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de suministro acordadas conforme a lo establecido en el artículo 219 y en el título V del libro I, se produzca aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes a reclamar indemnización por dichas causas”*. Ello significa que en los casos en que se amplíe el objeto del contrato deberá también ampliarse el precio y en el caso de que se disminuyan al no suponer un gasto para la

adjudicataria, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial a que se pueda dar lugar, solo se abonarán los bienes efectivamente recibidos por la Administración.

En el caso que nos ocupa el árbol de navidad no estaba inicialmente incluido entre las prestaciones objeto del contrato de suministro, por lo que su no inclusión en el mismo, ningún perjuicio depara a la recurrente que no ha incurrido en coste alguno al respecto en la ejecución de su contrato, y no ha sufrido detrimento patrimonial en la ejecución contractual, sin que se hayan acreditado otro tipo de daños que puedan justificar la satisfacción de indemnización alguna.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por doña P.R.R., actuando en nombre y representación de Blachere Iluminación España, S.A. contra la adjudicación de un contrato menor por un árbol de Navidad, fuera del marco del contrato de suministro de iluminación ornamental de calles y plazas de Alcorcón con motivo de las fiestas patronales y de las fiestas navideñas 2016-2017.

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.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.