

**Recurso nº 226/2022**

**Resolución nº 240/2022**

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

En Madrid, a 22 de junio de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Montajes Eléctricos Esber, S.L., contra Anuncio de Licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de “suministros energéticos y servicios de mantenimiento con garantía total con inversión de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales, alumbrado público, pasos de peatones, señales semafóricas reguladoras de la circulación y fuentes del Ayuntamiento de Parla” (Expediente 68/22), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 23 de mayo de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato. El día 24 del mismo mes se publicó en el DOUE.

El valor estimado de contrato asciende a 53.616.088,19 euros y un plazo de

ejecución de 13 años.

**Segundo.-** El 9 de junio de 2022, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Montajes Eléctricos Esber, S.L., (en adelante Esber), en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

**Tercero.-** El 15 de junio de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

**Cuarto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa potencial licitadora (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 23 de mayo de 2022, e interpuesto el recurso el día 9 de junio, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato mixto de suministro y servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1 Falta de publicación en el perfil de contratante de la resolución de inicio y aprobación del expediente de contratación, así como de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares y del informe de insuficiencia de medios.
- 2 La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato.
- 3 Error en la calificación y determinación del régimen jurídico del contrato.
- 4 Error en el dimensionamiento económico y financiero del contrato.
- 5 El personal susceptible de subrogación.

1.- Respecto al primer motivo del recurso, se fundamenta en que no se ha procedido por el órgano de contratación a la publicación en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la resolución de inicio y aprobación del expediente de contratación, así como del informe de insuficiencia de medios y de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas

particulares, se entienden expresamente incumplidos los artículos 116, 122.1 y 124 de la LCSP.

Esta circunstancia, a su juicio, supone incurrir ante una de las causas de invalidez de los contratos regulada en el artículo 38, letra b) LCSP, el cual postula lo siguiente: *“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos”*

*b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”.*

Considera que la actitud omisiva del órgano de contratación al no publicar la totalidad de los documentos correspondientes atenta directamente contra los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, por lo que el procedimiento de licitación debe ser expresamente invalidado al incurrir en vicio de anulabilidad previsto en el artículo 40 de la LCSP, en cuanto que se incumplen las directrices básicas legalmente establecidas a fin de poner a disposición de las entidades y personas interesadas en el procedimiento de licitación la información precisa y adecuada que, en este caso, se ha limitado a la publicación de la memoria justificativa, del anuncio de licitación y de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto a las causas de nulidad concretas establecidas en el citado artículo 39.2 de la LCSP, que no resultan de aplicación toda vez que el precepto se refiere a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el *“Diario Oficial de la Unión Europea”* o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135. En todo caso se trataría de un vicio susceptible de anulabilidad del acto, en este sentido el artículo 40 de la LCSP establece que *“son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás*

*infracciones del ordenamiento jurídico y en especial, las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015”.*

A su juicio, se debe tener en consideración que con anterioridad a la interposición del presente recurso en la Plataforma de Contratación del Estado, se encontraba el anuncio de licitación, los pliegos, memoria justificativa, composición de Mesa de contratación y con posterioridad se ha publicado la aprobación del expediente, por lo que si en su caso existiese, se debe dar por subsanado el vicio de falta de dicha publicación y en consecuencia, convalido por actos posteriores, cobrando eficacia los actos cuya convalidación se declara ex artículo 52 LPAC.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación las previsiones que al respecto recoge la LCSP.

En su artículo 63.3 establece: “*En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:*

*a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente”.*

El artículo 116.1 LCSP establece: “*La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante”.*

Por su parte, el artículo 117 de la LCSP establece: “1. *Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional de que el presupuesto no hubiera podido ser establecido previamente, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante*”.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe 59/2018 señala “*Considerando estas cuestiones, se consulta cuál es el momento concreto en que deben publicarse en el perfil de contratante los documentos indicados, a los que se refieren los apartados 3.a) y e) del art. 63 de la LCSP. Puesto que la Ley no exige necesariamente que la publicación de cada información se realice con carácter inmediato, entendemos que es suficientemente garantista la publicación de los documentos y datos a los que se refiere el apartado 3.a) junto con la publicación de la convocatoria de la licitación.*

*El momento de publicación de cada documento puede variar, pero en todos ellos la finalidad establecida por la ley es la misma: asegurar la transparencia y el acceso público a los documentos correspondientes. Por tanto, si atendemos a los documentos mencionados en el apartado a) podemos sentar como regla general que la publicación en el perfil debe realizarse tan pronto como sea necesario que los interesados puedan acceder a la información, de modo que la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente deben publicarse con el primer acto en que un potencial licitador pueda tener interés en acceder a la documentación preparatoria del contrato, acto que será,*

*en general, el anuncio de la convocatoria de la licitación. No parece que antes exista necesidad de publicar esta documentación cuya finalidad, como es evidente, es proporcionar información relevante a los efectos de la selección del contratista”.*

Con fecha 24 de mayo de 2022, se publicó en PLACE una extensa Memoria justificativa de 100 folios donde se explicita las exigencias contenidas en el artículo 63.3 de la LCSP. En dicha memoria consta informe sobre la insuficiencia de medios con que cuenta la administración.

Ciertamente, como alega el recurrente, no se publicó la resolución de inicio y aprobación del expediente de contratación, en los términos que establece el artículo 117 de la LCSP. Esta omisión no supone una causa de nulidad de las previstas en el artículo 39 de la LCSP, encontrándonos, en todo caso, ante un supuesto de anulabilidad del su artículo 40.

Consta en la Plataforma, que con fecha 13 de junio de 2022, se publicó las resolución inicialmente omitida, por lo que debe considerarse que la deficiencia ha sido subsanada, dentro del plazo de presentación de ofertas, sin que esa demora, a juicio de este Tribunal, suponga vulneración al principio de transparencia ni limitación de la información precisa y adecuada para que el licitador pueda presentar su oferta.

Por consiguiente, el motivo debe ser desestimado.

2- Respecto al segundo motivo del recurso, se fundamenta en que no ha quedado justificada a decisión de no dividir el contrato en lotes, vulnerando lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP.

Señala que si descendemos al objeto del contrato, este contiene prestaciones que podrían calificarse de objeto múltiple, al integrarse en una misma licitación la gestión de la energía térmica y eléctrica, el mantenimiento preventivo, la reparación, sustitución y renovación de equipos y elementos deteriorados en las instalaciones bajo

la modalidad de Garantía Total y la mejora de la eficiencia energética para diferentes servicios de carácter esencial, como son: las dependencias municipales, las instalaciones de alumbrado público municipal, las instalaciones de semaforización pública y las Fuentes Ornamentales del término municipal de Parla, con las funciones descritas de manera pormenorizada en individualizada en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) para cada una de las prestaciones que conforman el contrato.

A su juicio, los servicios de mantenimiento y explotación pueden ejecutarse, de manera individualizada, para cada uno de los citados servicios de carácter esencial, sin que ello suponga la pérdida de eficiencia, ni el solapamiento de recursos, máxime cuando se trata de un contrato con un valor estimado que asciende a 53.616.088,19 euros, lo que, además, impide la participación en el procedimiento de licitación de las pequeñas y mediana empresas, que, difícilmente, pueden disponer de la solvencia técnica ni de los medios exigidos a fin de concurrir, con las máximas garantías, al procedimiento.

Señala que el órgano de contratación justifica la no división en lotes en que “*las inversiones que se van a realizar en las distintas instalaciones tienen un periodo de retorno en su conjunto y los ahorros conseguidos no se pueden tomar de forma independiente sino dentro de un marco global de actuación*”, sin embargo, no se indican aquellos parámetros de ahorro desglosados y palpables que supondría el empleo de menos o los mismos medios materiales y personales para el caso de una única adjudicataria, cuando, tal y como se aprecia en el PPTP, se trata de prestaciones claramente diferenciadas y con una expresa delimitación de funciones, medios personales y medios técnicos para cada una de ellas de manera individualizada.

Considera que no tiene sentido aducir la imposibilidad en la ejecución del contrato si se dividiera en lotes o en base a sinergias operativas y organizativas o reducción del coste de los medios de estructura para justificar que no se debe proceder a la división en lotes del contrato cuando, en puridad, se exige la disposición

de la totalidad de los medios materiales y vehículos exigidos para cada una de las prestaciones que individualmente constituyen el objeto del contrato, máxime si se atiende a lo dispuesto, a modo de ejemplo, en la cláusula 5 del PPTP, la cual indica que *“La Empresa Adjudicataria contará con personal suficiente en número y cualificación para desarrollar el servicio adecuado y para satisfacer adecuadamente las exigencias del Pliego”*.

Finalmente, señala, en apoyo de su tesis, la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales, aportando diversas resoluciones.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el objeto del contrato no permite la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes, motivándose en el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulta su correcta ejecución desde el punto de vista técnico y que pondría en riesgo la correcta ejecución del contrato, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que se ve imposibilitada si se dividiera en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes, máxime al financiarse las inversiones y las diferentes prestaciones sobre los ahorros energéticos que se concretan a lo largo del contrato.

Asimismo, los servicios sobre los que actúe directamente la empresa adjudicataria son compartidos para el conjunto de las prestaciones, cuyas operación, mantenimiento y explotación deben ser homogéneas, coordinadas y coherentes, para garantizar tanto la prestación global como la eficiencia, sin duplicidad ni solapamiento de recursos.

Igualmente, las inversiones que se van a realizar en las distintas instalaciones tienen un periodo de retorno en su conjunto y los ahorros conseguidos no se pueden tomar de forma independiente sino dentro de un marco global de actuación.

Considera que las prestaciones del contrato no deben tratarse de manera independiente puesto que el contrato que nos ocupa, de servicios energéticos, lleva aparejadas inversiones en todas sus instalaciones para la consecución de los correspondientes ahorros que, con su modelo de gestión y optimización de todo el conjunto de las instalaciones, se pueden conseguir dichos ahorros y de esta manera poder ejecutarse el contrato en su totalidad. En caso de división no quedaría garantizado el retorno de la inversión y por lo tanto el cumplimiento del contrato.

Antes de entrar en el fondo del asunto, es preciso comenzar señalando que estamos ante contratos con empresas de servicios energéticos, los cuales presentan la particularidad de su contenido complejo y 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, en definitiva, una mejor gestión global de los suministros, servicios y uso de esas instalaciones.

Por tanto, concurren prestaciones de suministro de energía y combustibles, servicios, suministro de instalaciones o mejora de las mismas, con o sin obras accesorias o principales, pero siempre ha de concurrir un ahorro energético, que es el fin principal del contrato, así como que el contratista se retribuya en todo o en parte con cargo a los ahorros derivados de esa reducción de consumos energéticos.

Su ámbito normativo son la Directiva 2006/32/CE y el Real Decreto-ley 6/2010, siendo fundamentales los artículos 19 y 20 de esta última norma. De él se deduce que el contenido de los contratos de servicios energéticos es plural y complejo, así como que cabe optar por diversas fórmulas en su contratación, una de ellas la figura contractual de la Colaboración Público-Privada.

Su objetivo fundamental consiste en reducir consumos y obtener el máximo de eficiencia energética, y con ello reducción de emisiones. Su objeto esencial no es la gestión y explotación de ningún servicio público, y su precio se abona al menos en parte, vía reducciones energéticas. Por su parte, 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 base a la naturaleza especial de este tipo de contratos debe analizarse lo dispuesto en el artículo 99.3 LCSP se pronuncia en los siguientes términos:

*“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*

*No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.*

*En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:*

*a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

*b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión*

*que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.*

Se trata, por tanto, de dilucidar si la justificación realizada por el órgano de contratación para su no división en lotes cumple los parámetros exigidos por la norma transcrita.

La justificación se centra en los siguientes aspectos:

- Mayor eficiencia y coordinación de la ejecución de las prestaciones.
- Optimización del control de la ejecución global de contrato.
- Optimización de medios humanos, materiales y mecánicos.

Señala: *“De acuerdo con el artículo 99.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el objeto del contrato no permite la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes, motivándose en el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulta su correcta ejecución desde el punto de vista técnico y que pondría en riesgo la correcta ejecución del contrato, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que se ve imposibilitada si se dividiera en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes, máxime al financiarse las inversiones y las diferentes prestaciones sobre los ahorros energéticos que se concretan a lo largo del contrato.*

*Asimismo, los servicios sobre los que actúe directamente la empresa adjudicataria son compartidos para el conjunto de las prestaciones, cuyas operación, mantenimiento y explotación deben ser homogéneas, coordinadas y coherentes, para garantizar tanto la prestación global como la eficiencia, sin duplicidad ni solapamiento de recursos.*

*Igualmente, las inversiones que se van a realizar en las distintas instalaciones tienen un periodo de retorno en su conjunto y los ahorros conseguidos no se pueden tomar de forma independiente sino dentro de un marco global de actuación”.*

El artículo 19.2 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, señala “*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*”.

A la vista de todo lo anterior, no cabe sino acoger plenamente las alegaciones del órgano de contratación, ya que su justificación está plenamente amparada por el apartado b) del artículo 99.3 de la LCSP, en el sentido de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico y la existencia de un riesgo para la correcta ejecución del contrato procedente de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones.

Resulta evidente que la ejecución de este tipo de contratos, que las administración públicas pueden utilizar en el ejercicio de su discrecionalidad, lleva aparejada necesariamente la licitación y ejecución conjunta de todas las prestaciones, ya que de otro modo resultaría harto complejo reducir consumos y obtener el máximo de eficiencia energética, de modo que al contratista se retribuya en todo o en parte con cargo a los ahorros derivados de esa reducción de consumos energéticos.

Por consiguiente, el motivo debe ser desestimado.

3- Respecto al tercer motivo del recurso se fundamenta en que el órgano de contratación ha adoptado la decisión de configurar el contrato como mixto de suministro y servicios al amparo de un criterio erróneo e inadecuado en cuanto que, en realidad, se entiende que el contrato debería haber sido calificado como concesión de servicios, toda vez que a la entidad adjudicataria del contrato se le transfiere el riesgo operacional en la ejecución de ciertas prestaciones.

A este respecto, el órgano de contratación sostiene que el planteamiento de concesión de servicios no es aplicable a este contrato pues no se ha determinado el riesgo operacional del contrato puesto que quedan definidos con exactitud los parámetros de uso de cada una de las instalaciones objeto del contrato sin que vaya a variar estas condiciones a lo largo de la vida del contrato. Además, en caso de aumento o disminución de los servicios, usos, horarios y demás se tendría por modificadas las condiciones iniciales procediendo a ampliar o detraer los bienes o servicios no prestados.

Considera que el contrato no tiene una exposición real a las incertidumbres del mercado puesto que se revisan precios tanto de la energía como del resto de los servicios. No existe por tanto un desajuste la oferta y la demanda puesto que los riesgos de contrato son los propios de la mala gestión o errores de apreciación del operador económico que no son determinantes para la calificación de concesión de servicios al ser riesgos de cualquier tipo de contrato.

Añade que para la justificación de que la calificación del contrato debería ser de Servicios o Concesión de Servicios, el recurrente realiza unas suposiciones que no son ciertas ya que a día de hoy la instalación se encuentra legalizada y bien mantenida por el actual mantenedor, IMESAPI, no siendo objeto de consideración estas suposiciones que el recurrente entiende que pudieran darse hipotéticamente durante la vida del contrato.

Vistas las alegaciones de las partes y analizadas las cláusulas contenidas en los pliegos, no se aprecia que se den las condiciones legales para calificar el contrato como concesión de servicios.

El objeto del contrato no es la gestión y explotación de ningún servicio público, sino un conjunto complejo de actuaciones que persigue conseguir una mayor eficiencia energética, que incluye entre otros el suministro de energía y mantenimiento de equipos.

Artículo 15 de la LCSP establece: “*Contrato de concesión de servicios*”.

1. *El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio*.

2. *El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior*”.

Artículo 19.1 del Real Decreto-ley citado establece:

“*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*”.

Dado que el pago de los servicios prestados se basará en parte o totalmente en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos, ello supone que el empresario asume parte del riesgo. Ahora bien este riesgo que es inherente a la naturaleza de este

contrato, no supone necesariamente transferencia de riesgo operacional al contratista, ya que no depende de factores ajenos, sino de la eficacia de su propia gestión en aras al cumplimiento de los objetivos comprometidos y de los consiguientes ahorros. Por ello no debe considerarse la existencia de transferencia de riesgo operacional.

La doctrina mayoritaria sostiene que este tipo de contratos pueden ser un contrato mixto de suministro y servicios, pero en ningún caso un contrato de obra, de concesión de obra pública o de concesión de servicio público.

Por todo lo anterior, se considera correcta la calificación del contrato como mixto de suministro y servicios, desestimándose el presente motivo.

4- Respecto al cuarto motivo del recurso, se fundamenta en el error en el dimensionamiento económico y financiero del contrato referidas a Prestación P4.

Señala que el soporte del coste de las inversiones se realiza por parte del órgano de contratación en función del margen operativo bruto que se detalla en la tabla, relativa a la estructura de costes aprobada por la Administración, a tenor de unos ahorros, los cuales se obtendrán con las nuevas inversiones y con los nuevos contratos de suministro, pero sin que se hayan justificado, en ningún caso, los citados ahorros.

A su juicio, el importe del coste unitario ha sido calculado erróneamente, toda vez que si bien se indica que el coste por unidad de las luminarias es de 55,00 euros, lo cierto es que al dividir 368.305,00 euros entre 10.523 Uds. se obtiene un coste de 35,00 euros/ luminaria (0,20 euros menos por unidad), lo que, además de facilitar el dato real del coste por luminaria, muestra, en realidad, un precio muy bajo por unidad, el cual no cubre, en absoluto, los gastos derivados de los servicios necesarios.

Añade que los servicios de mantenimiento con garantía total que se han dimensionado para la cantidad de cuadros y luminarias existentes traen aparejado,

según nuestros cálculos, un dimensionamiento de personal de más de 11 personas, entre Oficiales de 1<sup>a</sup>, Peones especialistas de día y de noche, 1 Ingeniero/a (licenciado/a-grado) y 1 Oficial Administrativo de 1<sup>a</sup>, que no se ha contemplado en los pliegos en cuanto al dimensionamiento del personal equivalente que resulta necesario para la ejecución del contrato.

El dato obtenido del coste empresarial para un personal profesional equivalente para la ejecución del contrato de once trabajadores asciende al importe de 302.869,47 euros. Si a ese importe se le aplica un 4% de gastos generales y un 6% de Beneficio industrial, se obtiene un resultado de 333.156,42 euros.

Según los cálculos realizados por el órgano de contratación, el importe de licitación previsto para el caso que nos ocupa, después de la inversión, se concreta en la cantidad de 368.305,00 euros, por lo que únicamente restaría, según los cálculos realizados por la Administración, el importe de 35.148,58 euros para sufragar el coste de la maquinaria y de los vehículos necesarios, el coste de las piezas y recambios que se deban sustituir, así como de los seguros obligatorios y del resto de gastos que resultan inherentes para la prestación de las actuaciones descritas en el PPTP, por lo que, toda vez que no se han detallado ni calculado los gastos correctos y adecuados que se derivan del contrato, se concluye que existe un error en el dimensionamiento económico y financiero del contrato, que conlleva, ineludiblemente, la retroacción de las actuaciones al objeto de calcular, detallar y desglosar, correctamente, todos y cada uno de los conceptos que componen el estudio económico y financiero del contrato al objeto de delimitar, con mayor exactitud, el presupuesto base de licitación y el valor estimado.

Por su parte, el órgano de contratación alega que *“Analizado este punto en el Recurso llama la atención que las imágenes de las tablas que aporta el recurrente que tienen el mismo formato que lo publicado en la memoria y el pliego de la licitación, pero no coinciden los datos publicados en la plataforma de contratación a los que hace*

referencia. Debe tratarse de imágenes otros estudios o documentos que posea el recurrente ya que a pesar de ser muy similares no son los publicados en la licitación.

Es complicado el estudio de la propuesta del recurrente ya que utiliza datos que no corresponden con la licitación publicada.

La licitación publicada indica que el importe de las prestaciones es:

<i>P 1</i>	2.054.307,71 euros
<i>P 2 P 3</i>	1.182.621,02 euros
<i>TOTAL: P 1 P 2 P 3</i>	3.236.928,73 euros

Las tablas aportadas por el recurrente y sobre las cuales se basa su recurso son:

<i>P 1</i>	2.054.307,71 euros
<i>P 2 P 3</i>	1.055.427,02 euros
<i>TOTAL: P 1 P 2 P 3</i>	3.109.734,73 euros"

A continuación muestra una tabla comparativa de las condiciones iniciales donde se puede comprobar el error del recurrente al aportar tablas que no están publicadas en la plataforma de contratación. Así mismo, muestra una tabla comparativa de las condiciones una vez efectuadas las inversiones donde se puede comprobar el error del recurrente al aportar tablas que no están publicadas en la plataforma de contratación.

Del mismo modo que en la tabla anterior hace referencia a tablas no publicadas en la memoria ni en los pliegos de licitación:

La licitación publicada indica que el importe de las prestaciones es:

<i>P 1</i>	1.759.870,95 euros
<i>P 2 P 3</i>	938.349,42 euros
<i>TOTAL: P 1 P 2 P 3</i>	2.698.220,37 euros

Las tablas aportadas por el recurrente y sobre las cuales se basa su recurso son:

<i>P 1</i>	1.759.870,95 euros
<i>P 2 P 3</i>	814.155,42 euros
<i>TOTAL: P 1 P 2 P 3</i>	2.574.026,37 euros

Por otro lado, destaca si bien manifiesta el recurrente que el coste de mantenimiento en su estado futuro pasa de 55 euros/luminaria a 35 euros/luminaria, llama la atención que al alegar que el contrato debería tratarse como concesión de servicios porque no incluía ninguna reducción de coste adicional y ahora reconoce estos conceptos. Este importe queda reducido por las inversiones que se deben realizar y que generan este ahorro que se ha determinado en base a la reducción de las actuaciones en luminarias led con gran fiabilidad y casi nula tasa fallo.

Se entiende que el recurrente ha introducido de nuevo datos erróneos cuando indica que la cantidad inferior en cuanto al coste unitario del mantenimiento del alumbrado se reduce en 0,20 euros menos e interpretamos que se refiere a 20 euros menos, porque de lo contrario no tendría sentido.

Con respecto al coste de 35 euros por luminaria es muy bajo según su estudio de costes cabe destacar que el IDAE en su publicación *Inventario, consumo de energía y potencial de ahorro del alumbrado exterior municipal en España* indica que el coste medio por mantenimiento de alumbrado público es de 30,1 IVA incluido.

Vistas las alegaciones de las partes, se debe concluir que el recurrente no ha acreditado las deficiencias planteadas en el presupuesto, debiendo prevalecer la presunción de acierto del órgano de contratación, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

5- Respecto al quinto motivo de recurso, se fundamenta en el personal susceptible de subrogación.

A este respecto, señala que la actual adjudicataria del contrato que ahora finaliza ha debido adscribir los medios personales que han resultado adecuados y precisos para la ejecución del contrato, de tal manera que, para el caso que el convenio colectivo que ha aplicado la entidad IMESAPI imponga la obligación al nuevo adjudicatario de subrogarse como empleador, se deberá cumplimentar con lo exigido en el artículo 130.1 de la CLSP.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en el caso planteado no existe personal susceptible de subrogación puesto que la empresa no ha determinado personal adscrito directamente al contrato EXPTE 15/17-SARA. Es por ello que no se han aportado los datos que el recurrente indica, no omitiendo ningún dato sobre convenios o condiciones salariales. Además, se debe decir que, en el anterior contrato no hubo subrogación de trabajadores a la que fuera la adjudicataria del contrato del expediente 15/17 por lo tanto, tampoco procedería en el expediente 68/22.

Vistas las alegaciones de las parte, no se acredita la obligación legal o convencional de subrogación de trabajadores, por lo que no procede la aplicación del artículo 130.1 de la LCSP, en los términos que plantea el recurrente.

Por ello, procede la desestimación del motivo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por

la representación legal de la empresa Montajes Eléctricos Esber, S.L., contra Anuncio de Licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de “suministros energéticos y servicios de mantenimiento con garantía total con inversión de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales, alumbrado público, pasos de peatones, señales semafóricas reguladoras de la circulación y fuentes del Ayuntamiento de Parla” (Expediente 68/22).

**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 58 de la LCSP.

**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 59 de la LCSP.