

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

En Madrid, a 17 de julio de 2019.

VISTA la Reclamación interpuesta por don E.M.O., en nombre y representación de E.M.O. Construcciones, Contratas Y Proyectos, S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Contratación de obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa” (Expediente 02/2019, de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., con dos lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento de licitación se publicó el 4 de junio de 2019, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, y el 11 de junio de 2019, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Segundo.- Con fecha 25 de junio de 2019, la empresa E.M.O. Construcciones, Contratas Y Proyectos, S.L.U., interpone ante este Tribunal reclamación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de licitación. Previamente, la citada empresa había anunciado la interposición del recurso mediante escrito presentado en Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. el 24 de junio de 2019.

Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. remitió el informe a que se refiere el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE) el día 5 de julio de 2019, oponiéndose a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sociedad Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., es una empresa del grupo Canal de Isabel II, cuyo accionista único es la empresa Canal de Isabel II Gestión, S.A.

El objeto principal de la sociedad es la gestión del ciclo integral del agua en las islas de Lanzarote y La Graciosa. A tal efecto, la sociedad es titular, por cesión de Canal de Isabel II Gestión, S.A., del contrato para la “Gestión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las islas de Lanzarote y La Graciosa”, adjudicado a Canal de Isabel II Gestión, S.A. por el Consorcio del Agua de Lanzarote.

Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. es una empresa pública de las previstas en el artículo 2, apartado 2 c), subapartado 1, de la Ley 1/1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, la competencia para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación, así como las reclamaciones contra los actos de dicha empresa en el ámbito de la contratación pública la ostenta el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, según el art. 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público.

Segundo.- Asimismo, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. es una empresa pública cuyo sector de actividad, la gestión del ciclo integral del agua, queda encuadrado en el marco de la LCSE, que a tenor del apartado 2 b) del artículo 3, tiene la

consideración de entidad contratante, quedando sujeta a la citada ley siempre que realice alguna de las actividades a que se refiere su artículo 7 y que el importe del contrato sea igual o superior a los umbrales establecidos en su artículo 16 (en concreto, en los contratos de obras el umbral es de 5.548.000 euros, excluido el IVA).

El contrato nº 02/2109, de “Contratación de obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa” es un contrato de obras con un valor estimado de 26.255.000 euros, por tanto está sujeto a la LCSE y está sometido al régimen de reclamación previsto en los artículos 101 de la y siguientes de la citada ley.

Tercero.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* al ser potencial licitadora al contrato objeto de la reclamación.

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, el mismo se dirige contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de obras. Su publicación en el Portal fue el 4 de junio y la reclamación se interpuso el 25 del mismo mes, dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el reclamante impugna diversas cláusulas del PCAP, en concreto:

- 1- Cláusula 10.7 del anexo I referente a la exigencia de una garantía provisional.
- 2- Anexo I, en su punto 1, referido a la posibilidad de requerir al adjudicatario de un lote que acometa obras en las zonas correspondientes a otro lote.
- 3- Cláusula 9.1 referente a las penalizaciones.
- 4- Cláusula 3 referente al alcance de las prestaciones.

En cuanto al primero de los motivos el reclamante manifiesta que la Cláusula 10.7 del anexo 1 del PCAP que rige la presente licitación exige una garantía provisional de 787.650 euros. Incorre, a su juicio, en motivo de nulidad por los siguientes motivos:

El artículo 77 de la ley 31/2007 establece que: *“en los procedimientos abiertos, el plazo que se fije por la entidad contratante para la recepción de ofertas no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha de envío del anuncio del contrato a la Oficina de Publicaciones de las comunidades europeas. Dicho plazo podrá sustituirse por un plazo suficientemente amplio para que los interesados puedan presentar proposiciones válidas, en ningún caso inferior a veintidós días, a partir de la fecha de envío del anuncio del contrato, si las entidades contratantes hubieran enviado al Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio periódico indicativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 64. Estos plazos reducidos se admitirán siempre y cuando el anuncio periódico indicativo, además de la información exigida en el apartado A del anexo V, haya incluido toda la información exigida en el apartado B del anexo V, siempre que se disponga de esta última información en el momento de publicación del anuncio y que el anuncio haya sido enviado para su publicación entre un mínimo de cincuenta y dos días y un máximo de doce meses antes de la fecha de envío del anuncio de licitación previsto en el apartado c”*.

En el anexo V.A se establece los datos a publicar en el boletín oficial, y entre otros, los siguientes: *“(...).condiciones de carácter económico y técnico, garantías financieras y técnicas exigidas a los proveedores (...)”*.

Sin embargo, señala, en el mencionado anuncio de licitación, ni en el anterior Anuncio Periódico Indicativo se ha reflejado mención alguna al respecto.

Este hecho, a su juicio, no sólo tiene una connotación formal, sino que, debido al importe de las garantías a presentar y el corto espacio de tiempo para conseguir dichos avales representa una traba considerable para las pequeñas empresas o pymes, en clara contradicción con el objeto de la directiva europea 2014/25/UE que

en su artículo 4 dice textualmente: *“A fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública (...).”*

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la garantía provisional está regulada en la Cláusula 8 del PCAP que se remite a lo dispuesto en el artículo 114 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), establece que en los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas -caso de la entidad pública Canal Gestión Lanzarote- los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato y su importe no podrá ser superior al 3 por ciento del presupuesto base de licitación del contrato según establece el artículo 106.2 de la propia Ley de Contratos.

Considera necesario poner de manifiesto la mala fe en el escrito de recurso al indicar que el importe de la garantía provisional es de 787.650 euros, que es el resultado de acumular las garantías provisionales de los contratos de los dos lotes en que se divide el procedimiento. Tal como expresamente se establece en el apartado 1 del Anexo 1 del PCAP, los licitadores sólo podrán presentarse a uno de los dos lotes, por tanto, no es posible que un mismo licitador se presente a los dos lotes del procedimiento y tenga que presentar las dos garantías provisionales que si sumarían la indicada.

De la lectura del texto del recurso se deduce claramente que el reclamante está impugnado la cláusula 10.7 del anexo I del PCAP que textualmente dice:

“Garantía provisional.

La cuantía de la garantía provisional será igual al 3 por ciento del presupuesto base de licitación sin IGIC del lote correspondiente establecido en el apartado 3 del presente anexo I.

El importe de la garantía provisional, por tanto, será:

Lote 1: 414.000 Euros.

Lote 2: 373.650 Euros”.

Pues bien, los argumentos esgrimidos por el reclamante, en ningún caso, ponen en cuestión expresamente la citada cláusula. Se limita a señalar el posible incumplimiento del citado anexo V.A donde se establecen los datos a publicar en el boletín oficial, entre los que consta información de las garantías financieras a presentar y que según se deduce de su escrito, esta omisión de la publicación puede limitar el tiempo de los licitadores para conseguir las garantías exigidas. En ningún caso se está recurriendo el anuncio de la licitación. En cualquier caso, los importes correspondientes a la garantía provisional para cada uno de los lotes figura en el anuncio publicado en el Diario Provincial de las Palmas de fecha 5 de junio de 2019, y el BOCM de fecha 11 de junio.

Por consiguiente, dado que le motivo del recurso es la impugnación de la cláusula 10.7 del anexo I del PCAP y dado que no se ha alegado argumento alguno para su anulación, aplicando el principio de congruencia, procede la desestimación del presente motivo.

El segundo motivo de la reclamación se refiere al anexo I del PCAP en su punto 1 que señala:

“Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. podrá requerir al adjudicatario de un Lote que éste acometa obras en las zonas correspondientes a otro Lote, siempre y cuando el adjudicatario del lote de la zona en la que se requiera la realización de las referidas obras no pueda hacerse cargo de éstas, por simultaneidad de ejecución de otras obras o por otra causa justificada. Como consecuencia de este hecho, en ningún supuesto podrá sobrepasar el presupuesto del contrato del adjudicatario que las realice”.

Considera que este punto va en clara contradicción con lo establecido en el artículo 20 de la directiva europea 2014/25/CE, la cual dice literalmente:

“Es preciso explicar, que una entidad, que ha obtenido el derecho exclusivo a prestar un servicio determinado en una zona geográfica determinada a raíz de un procedimiento basado en un criterio objetivo para el que se ha asegurado la transparencia adecuada no podrá, si es un organismo privado, ser ella misma una entidad contratante pero sí, en todo caso, ser la única entidad que preste el servicio en esa zona”.

Por su parte, el órgano de contratación señala que al respecto de la referida alegación, esta cláusula del PCAP puede ser utilizada por Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., tan sólo cuando concurra una causa justificada. En este supuesto, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., con la finalidad de que no haya interrupciones en el servicio público del abastecimiento o saneamiento en la isla podrá requerir al adjudicatario del otro lote para que ejecute las mencionadas obras, sin que el importe de la adjudicación de dicho lote se vea en ningún caso incrementado. Dicha cláusula responde al principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 34.1 de la LCSP que dispone:

“En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y o los principios de buena administración”.

No es necesario, a su juicio, incidir en la importancia para el servicio público que las averías en los diferentes elementos de las redes de agua sean reparadas con la máxima celeridad para la reanudación del servicio, constituyendo ésta una de las obligaciones principales del concesionario -Canal Gestión Lanzarote- establecidas en el propio contrato de concesión de la gestión del ciclo integral del agua en las islas de Lanzarote y la Graciosa. Por ello, se incluye en el pliego esta disposición que permite una actuación urgente del adjudicatario del otro lote para casos muy concretos de riesgo para el servicio público derivado de una avería no atendida por el adjudicatario del lote en cuestión por una causa justificada.

Vistas las alegaciones de las partes, conviene en primer lugar traer a colación el artículo 99.7 de la LCSP que establece *“En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote*

constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato”.

En el presente supuesto el objeto de cada lote viene definido por el ámbito territorial sobre el que debe realizarse la prestación, constituyendo cada lote un contrato distinto que además no puede tener en mismo adjudicatario, ya que se prevé que únicamente cada licitador pueda presentarse a un solo lote.

La posibilidad que otorgan los Pliegos de requerir al adjudicatario del otro lote para que ejecute las obras correspondiente, sin que el importe de la adjudicación de dicho lote se vea en ningún caso incrementada, supone llevar a cabo una modificación del contrato, en cuanto al ámbito territorial de ejecución de la prestación, sin supeditarla a lo previsto en el artículo 204 de la LCSP.

Según el Pliego dicha posibilidad se produciría *“cuando el adjudicatario del lote de la zona en la que se requiera la realización de las referidas obras no pueda hacerse cargo de éstas, por simultaneidad de ejecución de otras obras o por otra causa justificada”*. Se contempla un margen de discrecionalidad excesivo, por la ambigüedad de sus términos, lo que permite al órgano de contratación de modo unilateral exigir la realización de obras en un ámbito territorial distinto al del objeto del contrato o por otro lado impedir que el adjudicatario de un lote realice las contempladas en el suyo.

Resulta loable el objetivo perseguido por el órgano de contratación en cuanto a la supuesta eficacia que ello supondría para solucionar averías y reparar las redes, pero para ello existen otros mecanismos legales de los que se puede hacer uso para hacer frente a esas necesidades.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser estimado.

Respecto al tercer motivo, el reclamante está impugnando la cláusula 9.1 del anexo I del PCAP. Considera que puede existir contradicciones, según la interpretación que ese dé, entre el apartado de penalidades al inicio de la cláusula

9.1 del anexo I del Pliego, donde se regulan las penalidades que se gradúan en atención al importe total o parcial de la obra, según que el plazo incumplido sea total o parcial con arreglo a una escala que se describe y las penalidades que se recogen al final de la cláusula referente a tiempo de respuesta para acudir a una incidencia, de reparaciones o tuberías, tiempo máximo de reparación de pavimentos, recogida y transporte de residuos de la construcción, etc.

La cláusula 9.1 establece:

“Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., salvo justificación aceptada por la empresa pública, aplicará las siguientes penalizaciones que se graduarán, con carácter general, en atención al importe total o parcial de la obra, según que el plazo incumplido sea el total o uno parcial de la misma, con arreglo a la siguiente escala:

Hasta 3.000 euros 18 + 0'4 % máx. 30 euros/día

De 3.000'01 a 6.000 euros 30 + 0'2 % máx. 42 euros/día

De 6.000'01 a 30.000 euros 42 + 0'08 % máx. 66 euros/día

De 30.000'01 a 60.000 euros 66 + 0'06 % máx. 102 euros/día

De 60.000'01 a 150.000 euros 102 + 0'04 % máx. 162 euros/día

De 150.000'01 a 600.000 euros 162 + 0'02 % máx. 282 euros/día

De 600.000'01 a 1.500.000 euros 282 + 0'02 % máx. 582 euros/día

De 1.500.000'01 a 3.000.000 euros 582 + 0'02 % máx. 1.182 euros/día

De 3.000.000'01 a 4.500.000 euros 1.182 + 0'01 % máx. 1.632 euros/día

De 4.500.000'01 a 6.000.000 euros 1.632 + 0'01 % máx. 2.232 euros/día

De 6.000.000'01 en adelante 2.232 + 0'01 %

En ningún caso, las penalizaciones por demora podrán exceder del 20 por 100 del presupuesto total de la obra objeto del Contrato, por lo que, una vez alcanzado este límite máximo, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. podrá resolver el Contrato”.

Señala el Pliego a continuación: *“A la fecha de formalización, los compromisos que asume el adjudicatario son los siguientes, y por lo que CANAL GESTIÓN LANZAROTE, S.A.U., puede aplicar las penalizaciones que se reflejan son:*

EL tiempo de respuesta para acudir a una incidencia de abastecimiento o saneamiento, de desde que se comunica hasta que se llega a la avería será inferior a 1 hora en todo el ámbito de actuación correspondiente a cada Lote. Penalización de 200 Euros por cada caso no justificado.

En las reparaciones en tubería general desde que se corta el polígono, hasta que se restablece para diámetros menores o iguales a 800 mm, el tiempo empleado deberá ser inferior a 8 horas, excepto en filtraciones. Penalización de 300 Euros por cada caso no justificado.

En las reparaciones en acometidas desde que se corta el polígono o la llave de paso, hasta que se restablece, el tiempo empleado deberá ser inferior a 4 h excepto en filtraciones. Penalización de 200 Euros por cada caso no justificado.

El tiempo de respuesta en acudir al lugar de la incidencia del retén de maquinaria y camión de movimiento de grúa/tierras deberá ser inferior a 90 minutos desde 1ª comunicación por parte de CANAL GESTIÓN LANZAROTE, S.A.U., en cualquier horario, laborable o festivo, en todo el ámbito geográfico del contrato, independientemente de la zona en el que la empresa adjudicataria desarrolla habitualmente su trabajo. Penalización de 200 Euros por cada hora o fracción de retraso no justificado en un encargo puntual.

El plazo máximo para la reposición de pavimentos, desde la finalización hidráulica, será de 48 horas para el hormigonado y 72 horas más para la finalización total de la misma. CANAL GESTIÓN LANZAROTE, S.A.U., podrá requerir a la empresa adjudicataria la reposición en plazos menores a los anteriormente indicados en las actuaciones en las que así lo requiera la urgencia o peligrosidad de la situación. Penalización de 150 Euros por cada día de retraso en la finalización de los trabajos, salvo casos.

Ei plazo máximo para la recogida v transporte a gestor autorizado de los residuos de construcción y demolición será 48 horas, salvo que se den otras indicaciones por parte de: personal responsable de CANAL GESTIÓN LANZAROTE, S.A.U. Penalización de 300 Euros por cada día de retraso, en casos no justificados.

El plazo de resolución de quejas o de entrega de informes requeridos por CANAL GESTIÓN IANZAROTE, S.A.U., sobre actuaciones del adjudicatario deberá ser inferior a 3 días. Penalización de 100 Euros por día de demora.

Asimismo, se sancionará con 500 Euros por cada prueba del Plan de Control de Calidad no realizada y no se aceptará la certificación mensual si no se incluye lo que corresponda del control de calidad.

El plazo para disponer de los vehículos ofertados de acuerdo con el apartado 8.A) 2.3 (vehículos ofertados con etiqueta 'Cero emisiones' o 'ECO') será de cinco meses desde el inicio de los trabajos. Pasado ese plazo, se sancionará con 50 Euros por cada día de retraso, por cada vehículo hasta disponer del número total que se ofertó.

La sanción por dejar incompleta cada campaña de fugas anual de las previstas en el apartado 8.A) 2.3 será de 30.000 Euros.

Se sancionará con 1.000 euros la no entrega de Informe de roturas provocadas por terceros.

Se sancionará, por último, con 50 euros por cada día de retraso en la entrega del Modelo Seguimiento Control de Calas”.

Considera que esta “segunda ronda” de penalizaciones por cada “obra” se realiza por día en algunos casos y por horas en otros, aplicando un importe fijo a las mismas y, por lo tanto, sin tener relación aparente entre el importe de la penalización aplicada y el importe de la obra ejecutada. En clara contradicción con el punto anterior si el importe de la obra fuese inferior a 3.000 euros.

Entienden que la “proporcionalidad” de las penalizaciones variará en función de si las penalizaciones “fijas” sin consideración de importe cumplen siempre las condiciones del primer apartado, esto es que en ningún caso se superará el importe máximo fijado en el desglose porcentual, puesto que, en caso contrario se estaría ante una clara contradicción con el artículo 193 de la LCSP que establece:

“No podría aplicarse más de 0,60 euros por cada 1.000 euros para el caso de demora en la ejecución”.

Considera incomprensible que una actuación u obra cuyo importe sea de 200 euros (por ejemplo), exista la posibilidad de aplicar una penalización de un importe superior a los trabajos ejecutados en dicha actuación. Sin embargo, de la actual redacción del PCAP y en función de la interpretación que se dé sobre el mismo

podríamos encontrarnos con este caso, el cual sería a todas luces desproporcionado.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el régimen de penalizaciones que se ha establecido en la cláusula 25 del PCAP, que a su vez se remite al contenido del artículo 192.1 de la LCSP, para el caso de cumplimiento defectuoso de la ejecución del Contrato y en el apartado 9 del Anexo 1 del propio PCAP, cumple con los requisitos de proporcionalidad establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público.

En este sentido, señala que el pliego establece en el apartado 9 del Anexo I, en primer lugar, penalizaciones por demora en la ejecución para el incumplimiento, en general, de los plazos establecidos para la ejecución. Estas penalizaciones se distribuyen en una escala según el importe del contrato y, sin perjuicio de volver a recordar la sumisión del contrato a la Ley 31/2007, cumplen con lo establecido en el artículo 192.1 LCSP, anteriormente citado, ya que las mismas no superan cada una de ellas el 10 por ciento del precio del contrato ni el total de las mismas supera el 50 por cien del precio del contrato. En concreto, se establece en el citado apartado 9 Anexo 1 del PCAP que *“En ningún caso, las penalizaciones por demora podrán exceder del 20 por 100 del presupuesto total de la obra objeto del Contrato”*.

En segundo lugar, el PCAP establece una serie de penalizaciones por incumplimientos del contratista en la ejecución de trabajos específicos del contrato, por ejemplo, por superación de tiempos de respuesta para acudir a una incidencia; superación del tiempo de reparaciones en tubería general desde que se corta el polígono; restablecimiento de reparaciones en acometidas; plazos de reposición de pavimentos; incumplimientos de plazo de resolución de quejas o de entrega de informes; incumplimientos de los vehículos ofertados; por cada prueba de control de calidad no realizada; etc.

Estas penalizaciones cumplen, a su juicio, igualmente con lo establecido en el artículo 192.1 LCSP, ya que no superan cada una de ellas el 10 por ciento del precio del contrato ni el total de las mismas supera el 50 por cien del precio del contrato.

Vistas las alegaciones de las partes, procede mencionar, en primer lugar, el artículo 192.1 de la LCSP que establece *“Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”*.

Por su parte, el artículo 193 establece *“1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.*

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

4. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

5. La Administración tendrá las mismas facultades a que se refieren los apartados anteriores respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas

administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total”.

De la aplicación de ambos artículos se deduce que las penalidades son una técnica jurídica que se aplica sólo cuando existe una ejecución defectuosa y/o una ejecución con demora del contrato. Estas técnicas otorgan facultades a la Administración en la fase de ejecución del contrato y no tienen un carácter general, sino que únicamente se pueden poner en marcha en el supuesto de incumplimiento defectuoso o el retraso en los plazos de ejecución del contrato.

En la cláusula del PCAP objeto de controversia se regulan por un lado las penalidades por demora previstas en el artículo 193 de la LCSP citado anteriormente, cumpliendo el límite máximo inicial de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.

Por otro lado, se recogen las penalidades por cumplimiento defectuoso de la prestación, previsto en el citado artículo 192 de la LCSP. Estas penalidades por cumplimiento defectuoso cumplen los requisitos legalmente previsto, en cuanto que ninguna de ellas es superior al 10% del contrato, ni el total de las mismas supera el 50 % del precio del contrato. Por su cuantía, se aprecia que existe proporcionalidad a la gravedad del incumplimiento y al considerable importe de la licitación.

Por todo ello, este Tribunal no aprecia contradicciones ni interferencias entre ambas regulaciones, ya que se trata de penalidades que sancionan aspectos distintos de incumplimientos contractuales. Evidentemente, el órgano de contratación deberá respetar en su aplicación los límites fijados en los Pliegos y en la propia LCSP.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Finalmente, en cuanto al último motivo de reclamación alega que de acuerdo con el apartado 3 del anexo 1 de PCAP el importe máximo de licitación asciende a 15.753.000 euros para el periodo inicial de tres años. En el punto 3.4 “Alcance:

Canal Gestión Lanzarote, S.A. U. no puede determinar con precisión el alcance del objeto del presente contrato, por estar éste subordinado a las necesidades de la empresa pública. En particular, el alcance dependerá del número de incidencias que surjan en las redes y que requieran de las actuaciones urgentes contempladas en el apartado 1 del presente Anexo, así como del importe de dichas actuaciones. Por las razones expresadas anteriormente las necesidades de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. pueden oscilar un 50% aproximadamente.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se ha fijado el Alcance Mínimo y el Alcance Máximo del contrato referidos a continuación.

Alcance Mínimo. 'Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., se obliga con el adjudicatario a solicitar las prestaciones objeto del Contrato por un importe equivalente al 50% del importe resultante de aplicar al importe máximo de licitación para la duración inicial del contrato de 3 años'.

Alcance Máximo 'Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. se reserva el derecho a solicitar al adjudicatario las prestaciones objeto del contrato hasta el importe máximo de licitación para la duración inicial del contrato de 3 años'.

Continua señalando que en el punto 2 sobre plazos del mismo Anexo I, se informa que: *"El plazo de vigencia del contrato podrá prorrogarse a instancia de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. por un período adicional de DOS AÑOS. La duración máxima del contrato, incluida la prórroga será por tanto de CINCO años (...)"*.

En base a todo ello, el reclamante considera que según los términos establecidos se puede indicar que el importe del contrato puede variar arbitrariamente y según criterios del poder adjudicador, desde el 50% del importe de licitación a 3 años, esto es 7.876.500 euros, hasta los 26.255.000 de euros en el supuesto de incluir los dos años de prórroga de contrato y el alcance máximo del mismo. Esta suerte de aplicación de la ley de contratos del sector público en donde se reflejan los derechos y se obvian las obligaciones, poco o nada tiene que ver con el espíritu de la propia ley, la 31/2007, o la directiva europea 2014/25/UE, así como del derecho privado por el carácter abusivo de las mismas.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la previsión de los referidos alcances mínimos y máximo del contrato no constituye ningún supuesto de modificación de contrato. La previsión de los referidos alcances responde al supuesto legalmente previsto de que la entidad contratante no puede definir con exactitud el número total de prestaciones incluidas en el objeto del contrato por estar subordinadas a las necesidades de dicha entidad. Debe tenerse en cuenta que existe una absoluta imposibilidad para la sociedad contratante de determinar a priori el número concreto de actuaciones urgentes que se deberán realizar en ejecución del contrato por depender estas de las roturas que efectivamente se produzcan.

Considera que el reclamante confunde de forma interesada el supuesto de modificación del contrato previsto en el artículo 204 LCSP con el supuesto, que nada tiene que ver, regulado, por ejemplo, en el artículo 16 y en la Disposición adicional trigésima tercera de dicho texto legal relativos a la imposibilidad de la entidad contratante de definir con exactitud el número total de prestaciones incluidas en el objeto del contrato por estar subordinadas a las necesidades de la entidad contratante.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar en primer lugar el objeto del contrato. En este sentido, señala la cláusula 1 del anexo I del PCAP que el *“objeto del contrato es la ejecución de las obras relativas a actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y La Graciosa, así como en cualesquiera otras instalaciones asociadas a las mismas. Dichas actuaciones podrán consistir en:*

-Obras que por su carácter de urgencia requieran una intervención inmediata, como conexiones de tuberías, renovaciones de red, prolongaciones de red, instalación de válvulas de control, etc.

-Solucionar deficiencias en el suministro de agua potable y regenerada.

-Reparaciones urgentes para resolver cualquier tipo de incidencia que se presente en la redes.

-Trabajos auxiliares de apoyo, para cualquier actuación que se esté realizando directamente con los medios de CGL.

-Otros trabajos requeridos por el servicio a petición de CGL (instalación de acometidas, reposición de contadores, etc.)”.

Efectivamente, nos encontramos ante un contrato de actuaciones urgentes de renovación y reparaciones de redes, que por su propia naturaleza no pueden ser definidos con carácter previo por la Administración. En base a ello, se recoge en el Anexo II TER el cuadro de precios unitarios, que servirán una vez aplicado el porcentaje de baja, para confeccionar las relaciones valoradas mensuales de las actuaciones realizadas para su abono, conforme prevé la cláusula 31 del PCAP que señala Cláusula 31 del PCAP:

“Abonos, mediciones y valoración.

a) Forma de abonar las obras.

Para las relaciones valoradas mensuales se medirá la obra realmente ejecutada y se valorará a los precios contratados, siempre que no exceda el valor de los presupuestos parciales. En caso contrario, la relación valorada se ajustará al presupuesto parcial correspondiente. La medición se hará de acuerdo con las normas que para cada unidad de obra o para cada elemento o tipo de elementos se especifiquen en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

La Disposición Adicional trigésimo tercera de la LCSP establece para los contratos de suministros y servicios: *“En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesivo y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.*

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204 de esta Ley. La citada

modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades”.

Como se desprende claramente de la propia Disposición adicional trigésima tercera, aplicable por analogía al presente contrato, sólo en el caso de que se superase el presupuesto máximo establecido en el procedimiento debería procederse a modificar el contrato. En este caso, no hay modificación porque en ningún caso se supera ni el presupuesto máximo establecido ni el importe del contrato fijado de conformidad con las reglas establecidas en el apartado 3 del Anexo 1 del PCAP.

Como señala el órgano de contratación, en el caso de que como consecuencia del número de roturas o incidencias producidas efectivamente no fuera necesario solicitar al adjudicatario prestaciones hasta el alcance máximo del contrato pero se hubiera cumplido el alcance mínimo del mismo fijado en el Pliego, el contratista no podrá en ningún caso exigir a la sociedad contratante ningún tipo de indemnización por las obras dejadas de ejecutar.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la reclamación interpuesta don E.M.O., en nombre y representación de E.M.O. Construcciones, Contratas Y Proyectos, S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Contratación de obras

de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa” (Expediente 02/2019), de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., debiendo tenerse por no puesta la parte de la cláusula recogida en el Anexo I en su punto 1, en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 108 de la LCSE.