

INFORME 4/2021, DE 24 DE MARZO DE 2022, SOLICITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE ESTEPA (SEVILLA), EN RELACIÓN A LA MODIFICACIÓN DE LA CLAUSULA DEL CONTRATO MIXTO DE SERVICIOS Y SUMINISTRO INTEGRAL DEL ALUMBRADO PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE ESTEPA.

I - ANTECEDENTES

El Alcalde de Estepa solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

Con fecha 9 de octubre de 2018, el Ayuntamiento de Estepa resultó beneficiario de un incentivo, cofinanciado a través del FEDER y fondos propios de la Junta de Andalucía, por importe de 606.397,34 € en virtud de Resolución de la Agencia Andaluza de la Energía, adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía:

Referencia expediente: 1128600

Línea de Incentivos: Construcción Sostenible. Inversiones de mejora energética vinculadas a los servicios energéticos objeto del contrato incentivado e importe del incentivo.

Categoría de actuación: C a) Actuaciones de mejora energética en edificios e instalaciones a través de servicios energéticos. Medidas de mejora energética.

Tipo de actuación: A.6.2 a) renovación de equipos.

Importe total de la inversión de mejora energética: 866.281,92 €

Intensidad del incentivo: 70,00 %

Importe del incentivo: 606.397,34 €

Gastos subvencionables: Se consideran gastos asociados a la puesta en marcha de contratos de servicios energéticos ligados a inversiones cuya finalidad sea la mejora energética en edificios e instalaciones, los establecidos en el apartado 5.b.1º2.d) del Cuadro Resumen 1, así como aquellos gastos acometidos directamente por la persona o entidad beneficiaria, dispuestos en los apartados 5.b) 1º.2.c) i.vi.vii, e y f. En relación con las cuotas por los servicios prestados por empresas proveedoras de servicios energéticos establecidas en dicho precepto, se considerarán gastos asociados a las actuaciones incentivadas, las cuotas facturadas a la persona o entidad beneficiaria del incentivo para la puesta en marcha del contrato de servicios energéticos, por un periodo no superior al primer año de vigencia del contrato de servicios energéticos conforme a la condiciones expresas de esta categoría.





El Ayuntamiento tramitó expediente de contratación, adjudicando a la empresa CACTUS SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L., contrato mixto de Servicios y Suministro Integral del alumbrado público del núcleo de Estepa, desglosando el precio de adjudicación en 4 prestaciones.

- **Prestación P1. Gestión energética de las Instalaciones.**
- **Prestación P2. Mantenimiento preventivo, inspecciones y verificaciones.**
- **Prestación P3. Garantía total.**
- **Prestación P4. Actuaciones de mejora y renovación de las Instalaciones,**

En relación a la Prestación P4, la Cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas que rigió el expediente de contratación, recoge:

“Cláusula 7. Prestaciones a realizar, y mejoras sobre las prestaciones obligatorias.

7.1. Prestaciones a realizar.

...

- ***Prestación P4. Actuaciones de mejora y renovación de las Instalaciones, inversión en ahorro y eficiencia energética. Esta prestación contempla la realización y financiación de actuaciones de mejora y renovación de las instalaciones necesarias para su adecuación a la normativa vigente o bien porque su estado, funcionamiento, rendimiento o condiciones de seguridad así lo requieran. Todas las actuaciones de mejora y renovación de las Instalaciones, inversión en ahorro y eficiencia energética referidas al contrato serán estudiadas, propuestas, ejecutadas y financiadas por la ESE Adjudicataria, con los ahorros generados dentro del periodo de vigencia de contrato, no teniendo repercusión económica sobre el presupuesto del mismo. La ESE Adjudicataria será quien se encargue de la gestión y recuperación de éstas durante el periodo de contratación, asumiendo el riesgo de la no consecución de los tiempos de retorno y por tanto recuperación de las inversiones realizadas por su parte.”***

Dicha cláusula fue posteriormente corregida, desde la Alcaldía, entendemos órgano no competente y no apoyado en Informe Técnico alguno, la cual recoge que: *"... El coste de las inversiones correspondientes a la prestación P4 será financiado por el Ayuntamiento, para lo cual la ESE emitirá las correspondientes facturas para su abono".*

Por otro lado, en la Cláusula 15a del pliego de prescripciones técnicas, aparece: *"... Estas actuaciones serán ejecutadas por la ESE adjudicataria y financiadas por el Ayuntamiento con las ayudas obtenidas mediante la Orden de 23 de diciembre de 2016, de incentivos para el desarrollo energético sostenible de Andalucía, cofinanciados por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional."*



Así como en la Cláusula segunda del contrato suscrito en fecha 20 de julio de 2020, hace mención a que: *"... La facturación de la prestación P4 se realizará por certificaciones mensuales de avance de obra, previa aceptación de las mismas por parte del Ayuntamiento."*

En consecuencia, se previó erróneamente la financiación directa de las inversiones por el propio Ayuntamiento con cargo a la subvención de la Agencia Andaluza de la Energía, entendiéndose que la totalidad de los gastos de inversión podrían ser financiados con dicha subvención.

La empresa adjudicataria, ha ejecutado el contrato en base a lo recogido en el Contrato, que no a lo recogido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas.

La empresa adjudicataria plantea una modificación de las condiciones de pago de la Prestación P4 del contrato, de la forma prevista en la Adenda aportada (Cláusula 3ª de la Adenda que se adjunta).

Por todo lo expuesto, se solicita pronunciamiento expreso por parte de ese Organismo respecto a las siguientes cuestiones:

1º.- Con respecto al expediente de licitación, y su correspondiente contrato, se interesa la revisión del mismo, a fin de detectar las deficiencias legales que presenta y su posible corrección.

2º.- Con respecto al contrato, aclaración acerca de cuál de las partes contratantes asume la financiación de la inversión (Prestación de la P4), ya que, como se expresa en la fiscalización previa de la aprobación del gasto para el proyecto, el Ayuntamiento abonará a la empresa adjudicataria las cuotas de amortización del suministro de las luminarias (objeto de la inversión) durante la vigencia del mismo (15 años). En este sentido, la Agencia Andaluza de la Energía, concede al Ayuntamiento una subvención en la que una de las condiciones a cumplir es que la inversión no sea asumida por el ente beneficiario (el Ayuntamiento).

3º.- Con respecto a la modificación de determinadas condiciones del contrato que se propone, conforme a la Adenda que se remite.

Se adjunta Resolución de la Agencia Andaluza de la Energía de adjudicación de la subvención, Pliegos de Cláusulas Administrativas, Contrato formalizado con la empresa adjudicataria y Adenda.

II - INFORME

1.- Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, por lo que no sería posible dar respuesta a ninguna de las consultas formuladas en términos tan genéricos que se llega hasta a solicitar la



“revisión del expediente de licitación, a fin de detectar las deficiencias legales que presenta y su posible corrección”. Es decir, una suerte de análisis de legalidad en bloque del procedimiento origen del presente dictamen. Por esa misma razón, tampoco puede este órgano consultivo dilucidar a que parte contractual corresponde asumir la financiación de una determinada inversión o validar la corrección jurídica de una adenda para introducir modificaciones en las condiciones pactadas.

Ello no obstante, en base al relato fáctico que contiene la consulta, realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas, con la necesaria cautela, pues se harán en base a la documentación e información que aporta la entidad consultante, por lo que puede haber elementos jurídicos y fácticos que puedan desconocerse por este órgano consultivo.

2. En el origen de la controversia, encontramos que “en fase de presentación de ofertas” según se afirma, se identificó una discrepancia “muy relevante a efectos económicos” consistente en la discordancia entre el contenido el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) a la hora de determinar qué parte contractual debía asumir el coste de una de las cuatro prestaciones que integraban la contratación (En concreto la denominada P4: “Actuaciones de mejora y renovación de las Instalaciones”).

Mientras que el PCAP en su cláusula séptima, que es transcrita en la consulta indicaba que todas las actuaciones de mejora y renovación de las instalaciones que se ejecutaran por el adjudicatario serían financiadas por éste “con los ahorros generados dentro del periodo de vigencia del contrato, no teniendo repercusión económica sobre el presupuestos del mismo”, sin embargo, el PPT en su cláusula 15 a) al describir la prestación P4 indicaba -también al decir de la corporación consultante- que “... estas actuaciones serán ejecutadas por la ESE adjudicataria y financiadas por el Ayuntamiento con las ayudas obtenidas mediante la Orden de 23 de diciembre de 2016, de incentivos para el desarrollo energético sostenible de Andalucía, cofinanciados por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.”

También en la consulta, pero con más detalle en la documentación que se adjunta (documento denominado “propuesta de modificación de contrato”) se dice que para “aclarar esta discrepancia” la empresa finalmente adjudicataria “realizó una consulta formal dentro del plazo de licitación”.

“La respuesta oficial a dicha consulta, titulada “CORRECCIÓN DE ERRORES Y ACLARACIONES DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PUBLICADO” fue emitida por el Ayuntamiento el día 15/1/2019 (...)”

“En dicho documento se indica lo siguiente:

En la página (sic) 7 del PCAP, el párrafo donde dice:

“Todas las actuaciones de mejora y renovación de las Instalaciones, inversión en ahorro y eficiencia energética referidas al contrato serán estudiadas, propuestas, ejecutadas y financiadas por la ESE Adjudicataria, con los ahorros generados dentro del periodo de vigencia de contrato, no teniendo repercusión económica sobre el presupuesto del mismo. La ESE Adjudicataria será quien se encargue de la gestión y recuperación de éstas durante el periodo de contratación, asumiendo el riesgo de la no consecución de los tiempos de retorno y por tanto recuperación de las inversiones realizadas por su parte.”



Debe decir:

“Estas actuaciones deberán ser llevadas a cabo por la Empresa de Servicios Energéticos (en adelante ESE) en el plazo de 9 meses desde la adjudicación del contrato. El coste de las inversiones correspondientes a la prestación P4 será financiado por el Ayuntamiento, para lo cual la ESE emitirá las correspondientes facturas para su abono” tal como se establece en la página 3 del PPT”.

Una vez adjudicado el contrato, el documento de formalización se ajustó a los términos PPT y al PCAP “corregido” y en cuanto a la facturación de la prestación P4 contemplaba que la misma “se realizará por certificaciones mensuales de avance de obra, previa aceptación de las mismas por parte del Ayuntamiento”.

3. Establecido lo anterior, baste recordar que en sede de cumplimiento rige el principio de vinculación al contenido contractual consagrado en el artículo 168 de la LCSP Y conforme al cual *“Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”.*

Partiendo de esa premisa, y tras la “corrección” del PCAP, pocas dudas se presentan acerca de quién asume la obligación de financiar la prestación P4 y de como ha de facturarse y pagarse esa prestación pues los documentos contractuales lo dejan claro.

4. Sin embargo, la consulta y la documentación adjunta parecen deslizar que existen dudas jurídicas acerca de si la alteración del contenido del PCAP efectuada el día 15/1/2019, presenta verdadera naturaleza de “corrección de errores” o desborda sus límites.

La rectificación de errores se regula con carácter general para el procedimiento administrativo, en el artículo 109.2 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), EL cual establece:

“Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Según la doctrina, el ejercicio de esta facultad de rectificación de errores materiales o de hecho tiene como presupuesto la subsistencia del acto, **es decir que su contenido dispositivo no varíe**¹.

Partiendo de esa simple pero rotunda afirmación, el órgano consultante es a quien compete dilucidar si la corrección del PCAP mencionada, puede considerarse atemperada a los límites que establece el artículo 109.2 de la LPAC. Para hacer ese análisis ha de tenerse en consideración el resto de documentación que conforma el expediente, y singularmente la memoria justificativa en la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 116.4 de la LCSP, el órgano de contratación ha de plasmar, entre otros extremos, “la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes”.

Si se alcanzase una conclusión refractaria, también se ha de recordar que la privación de efectos a los contratos, exige que el mismo se declare inválido.

¹ SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho, y error de derecho: Concepto y mecanismos de corrección. Revista de Administración Pública nº 157. Editorial Thomson Civitas



Y conforme al artículo 38 de la LCSP, los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

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.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado”.

Luego, si se considerare no atemperada a sus justos términos la utilización de la herramienta de la “corrección de errores materiales” el órgano competente dentro de la Corporación debería analizar si la modificación del PCAP operada por esa vía, vicia al mismo de nulidad o anulabilidad por concurrir algunas de las causas consignadas en los artículos 39 y 40 de la LCSP y en su caso proceder a la revisión de oficio. Ni puede esta Comisión Consultiva, ni cuenta además con elementos de juicio suficientes para determinar si concurre o no causa de invalidez.

Así, se afirma en el oficio de consulta que la corrección se llevó a cabo por la “Alcaldía, entendemos órgano no competente y no apoyado en Informe Técnico alguno”. Desconocemos si con ello se apunta a un supuesto de incompetencia manifiesta del órgano (art. 47.1 b) de la LPAC) o a la prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1 e) de la LPAC) extremos todos estos que debe analizar el órgano competente de la Entidad Local consultante.

Cabe por último mencionar los efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad, contemplados en el artículo 42 de la LCSP:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

4. Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

5.- Por último, se nos solicita también un pronunciamiento expreso sobre una serie de modificaciones contractuales que se proponen “conforme a la Adenda que se remite”. Ya se ha dicho que la resolución de



concretas cuestiones afectantes a un determinado expediente de contratación le está vedada a este órgano consultivo, por lo que solo cabe señalar al respecto que toda modificación contractual que se plantee deberá ajustarse a las condiciones generales que en la LCSP se establecen en los artículos 203 a 207.

III - CONCLUSIONES

1.- A la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

2.- La rectificación de errores materiales en los documentos contractuales ha de atemperarse a los límites que establece el artículo 109.2 de la LPAC, teniendo como presupuesto habilitante la subsistencia del acto, es decir que su contenido dispositivo no varíe.

3.- Si la modificación operada en los documentos contractuales por la vía de la rectificación de errores excede los límites de la misma, el órgano de contratación ha de analizar si dicha modificación invalida el contrato y por tanto exige declarar la nulidad o anulabilidad del acto afectado, conforme a lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la LCSP, previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio consignado en el artículo 41 de la misma ley, cuya finalización, en caso de declararse la nulidad o anulabilidad dará lugar a los efectos consignados en el artículo 42.

4.- Con carácter general, toda modificación contractual que se plantee deberá ajustarse a las condiciones generales que en la LCSP se establecen en los artículos 203 a 207.

Es todo cuanto se ha de informar.