



INFORME

Asunto: *Solicitud de informe del Grupo Municipal Socialista relativo al expediente de contratación para el suministro de material técnico para plató de televisión, Expediente 01/2015 (5 unidades Panasonic AW-HE870), y al expediente de contratación para el suministro de material técnico para la realización de televisión, Expediente 02/2015 (4 unidades Lentes Panasonic, 1 unidad Lente Canon, 1 unidad Controladora AW-RP120, 4 unidades Robóticas AW-PH 360L, 5 unidades Tarjetas AW-HHD870E, 2 Unidades TV LD LG), licitados por la Empresa Municipal de Gestión de Medios de Comunicación de Málaga, Sociedad Anónima.*

Con fecha 23 de febrero de 2017 ha tenido entrada en esta Secretaría General solicitud del Grupo Municipal Socialista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122.5 e) 4.º de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y en el artículo 55.1 d) 4.º del Reglamento Orgánico del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, para que emita informe en relación al expediente de contratación para el suministro de material técnico para plató de televisión, Expediente 01/2015 (5 unidades Panasonic AW-HE870), y al expediente de contratación para el suministro de material técnico para la realización de televisión, Expediente 02/2015 (4 unidades Lentes Panasonic, 1 unidad Lente Canon, 1 unidad Controladora AW-RP120, 4 unidades Robóticas AW-PH 360L, 5 unidades Tarjetas AW-HHD870E, 2 Unidades TV LD LG), licitados por la Empresa Municipal de Gestión de Medios de Comunicación de Málaga, Sociedad Anónima (en lo sucesivo Onda Azul).

Respecto al asunto referenciado y en atención a los antecedentes que sobre el mismo existen, debemos realizar las siguientes consideraciones:

Ambos expedientes de contratación fueron objeto de informe por esta Secretaría General, también a solicitud del Grupo Municipal Socialista, emitido con fecha 6 de octubre de 2016.

Por otro lado, el Consejo de Administración de Onda Azul, en el Punto Tercero del Orden del Día de la sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2016, *-Propuesta presentada por los Sres. Consejeros D. Francisco Conejo Rueda y D. Luis Guerrero Jiménez referida a varios asuntos de la gestión de la sociedad-*, por unanimidad de los Consejeros adoptó, entre otros, el siguiente Acuerdo:

"Mandar a la Gerente para que ponga en conocimiento de la Fiscalía todos aquellos expedientes de la empresa en los que se detecten alguna irregularidad, por si son constitutivos de algún delito. Especialmente, se pondrá en conocimiento el procedimiento seguido para contratar y pagar por anticipado unas cámaras y lentes sin haber formalizado contrato y no haberlas recepcionado, entre otras irregularidades. La Gerente debe enviar a la Fiscalía, en el plazo de un mes, toda la documentación que obre en esta sociedad sobre el expediente de la contratación de las cámaras y lentes, incluyendo informes del Secretario del Ayuntamiento de Málaga, asesores externos, de la propia Gerente y del Jefe de Administración."

En atención al citado acuerdo, la Sra. Directora Gerente de Onda Azul remitió escrito de fecha 11 de enero de 2017 a la Fiscalía Provincial de Málaga acompañado de la documentación relativa a los expedientes referenciados, incluido el informe



emitido por esta Secretaría General de fecha 6 de octubre de 2016. La Fiscalía Provincial de Málaga, mediante escrito de fecha 23 de enero de 2017, acordó estimar que los hechos denunciados podrían ser constitutivos de infracción penal, remitiendo todo al Juzgado Decano de Málaga para incoar Diligencias Previas en averiguación de los hechos y presuntos responsables de los mismos.

Posteriormente, en la sesión celebrada por el Consejo de Administración el 24 de febrero de 2017, esta Secretaría General tuvo conocimiento de que se había constatado la existencia de dos distintas versiones de pliegos de cláusulas administrativas particulares en cada uno de los mencionados expedientes de contratación, siendo diferente el texto de los que nos fueron enviados desde Onda Azul en septiembre de 2016 de los que posteriormente habían sido remitidos a la Fiscalía. En virtud de lo anterior, mediante escritos de fecha 3 de marzo de 2017 y 9 de marzo de 2017, esta Secretaría General solicitó a la Sra. Directora Gerente de Onda Azul los pliegos remitidos a la Fiscalía, así como cuantas otras versiones de los mismos hubiera tenido constancia, a fin de disponer de toda la documentación conocida con carácter previo a la emisión de cualquier nuevo pronunciamiento por parte de este órgano.

Con fecha 22 de marzo de 2017 se ha recibido en esta Secretaría General la documentación remitida por Onda Azul a la Fiscalía Provincial de Málaga, de cuyo examen podemos observar que contiene dos pliegos de cláusulas administrativas particulares relativos al expediente de contratación 01/2015 (Documento 1, páginas 3 a 10, y Anexo, páginas 38 a 45), y dos pliegos de cláusulas administrativas particulares relativos al expediente de contratación 02/2015 (Documento 1, páginas 16 a 24, y Anexo páginas 69 a 78). Si bien el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares relativos al expediente 02/2015 es idéntico, en cuanto al expediente 01/2015 debemos indicar que existen diferencias entre el pliego de cláusulas administrativas particulares informado por esta Secretaría General con fecha 6 de octubre de 2016 (Anexo, páginas 38 a 45), al cual nos referiremos como PLIEGO A, y el otro pliego de cláusulas administrativas particulares del mismo expediente que se contiene en la documentación remitida a la Fiscalía Provincial de Málaga (Anexo, páginas 38 a 45), al cual nos referiremos como PLIEGO B, las cuales se detallan a continuación:

- En el Punto 3.- de ambos pliegos, relativo al *"Presupuesto del contrato"*, el PLIEGO A establece como presupuesto máximo de licitación **55.000€**, IVA excluido, mientras que el PLIEGO B establece como presupuesto máximo de licitación **59.900€**, IVA excluido. Además, el PLIEGO A contiene la siguiente mención *"El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación del mismo e incluirá, como partida independiente el importe sobre el IVA."*, la cual no se contiene en el PLIEGO B, y éste último contiene una referencia al artículo 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, relativo a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, la cual no se contiene en el PLIEGO A.



- En el Punto 7.- del PLIEGO A y en el Punto 8 del PLIEGO B, relativos ambos a la *“Presentación de proposiciones”*, en el apartado *“Sobre nº 2: Documentación técnica”*, el PLIEGO A dispone que deberá aportarse la *“Relación de los principales **suministros** realizados en los 3 últimos años, con especial referencia a empresas del Sector Público, y en el área de Radio-Televisión. Se realizará mediante declaración del empresario.”*, mientras que el PLIEGO B dispone que deberá aportarse la *“Relación de los principales **servicios o trabajos** realizados en los 3 últimos años, con especial referencia a trabajos en empresas del Sector Público, y en el área de Radio-Televisión. Se realizará mediante declaración del empresario.”* Además, el PLIEGO A contiene la siguiente mención *“No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente la oferta.”*, la cual no se contiene en el PLIEGO B.
- En el Punto 8.- del PLIEGO A y en el Punto 9 del PLIEGO B, relativos ambos a la *“Base y objeto de negociación”*, mientras que en el PLIEGO A existe un único criterio de adjudicación, **“Mejor oferta económica: 10 puntos.”**, otorgando 10 puntos a la oferta más baja, 5 puntos a la más alta y, para las restantes, se calculará el resultado de manera lineal, en el PLIEGO B se establecen varios criterios de adjudicación (**Mejor oferta económica: 80 puntos; Cualificación del ofertante: 10 puntos; Estudio detallado del servicio, tiempos y programa de actuación: 5 puntos; Mejoras técnicas no consideradas en las bases y que sean incorporadas a la oferta: 5 puntos**).
- El Punto 9.- del PLIEGO A y el Punto 12.- del PLIEGO B, relativos ambos a la *“Adjudicación del Contrato”*, tienen contenidos diferentes.
- El Punto 11.- del PLIEGO A y el Punto 14.- del PLIEGO B, relativos ambos a la *“Ejecución del trabajo”*, tienen contenidos diferentes.
- El Punto 12.- del PLIEGO A y el Punto 15.- del PLIEGO B, tienen un contenido idéntico pero diferente denominación.
- El Punto 16.- del PLIEGO A y el Punto 21.- del PLIEGO B, relativos ambos a la *“Jurisdicción competente”*, tienen contenidos diferentes.
- El PLIEGO B contiene los siguientes puntos: Punto 5.- *“Garantías”*; Punto 10.- *“Recepción de la documentación”*; Punto 11.- *“Apertura de plicas”*; Punto 18.- *“Responsabilidad”*; y Punto 20.- *“Propiedad intelectual”*, los cuales no se contienen en el PLIEGO A.

Realizadas las consideraciones anteriores, siguiendo el orden cronológico de los hechos descritos, podemos concluir lo siguiente:

1º) Algunas de las cuestiones planteadas por el Grupo Municipal Socialista sobre los expedientes 01/2015 y 02/2015 ya fueron objeto de análisis por esta Secretaría General en su informe de fecha 6 de octubre de 2016, en el que realizaba un exhaustivo análisis sobre determinados aspectos de los mismos (el procedimiento de adjudicación, el fraccionamiento de su objeto, los pliegos, la formalización del



contrato, el pago del contrato, las ofertas de las empresas licitadoras, y la acreditación de la aptitud para contratar de las empresas licitadoras). Sirva como ejemplo lo siguiente:

“¿Es legal el procedimiento de elaboración, contratación y adjudicación realizado en estos dos expedientes de contratación de varias cámaras, lentes y otro material de Panasonic? ¿Quién es el órgano de esta empresa municipal competente para elaborar, contratar y adjudicar los contratos de los expedientes 01/2015 y 02/2015 según la normativa aplicable?”

Informe de la Secretaría General de fecha 6 de octubre de 2016 (Páginas 5 a 11, Cuestión 2ª y Cuestión 3ª).

“¿Es legal el Comité Asesor que establece los Pliegos?”

Informe de la Secretaría General de fecha 6 de octubre de 2016 (Página 11, Cuestión 3ª).

Asimismo, las cuestiones relativas a la existencia de responsabilidad penal contenidas en la solicitud de informe exceden de las funciones de asesoramiento legal atribuidas legalmente a esta Secretaría General, debiendo dirimirse, en su caso, ante la jurisdicción penal.

2º) El hecho de que el asunto referenciado se encuentre *"sub iudice"* hace que esta Secretaría General, como viene siendo su criterio, muestre sus reservas en cuanto a la emisión de informe. En esta línea se manifiesta el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, por lo que transcribiremos como muestra lo dispuesto en el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de marzo de 2008:

"(...) El resultado de esta serie de actuaciones judiciales promovidas por el interesado consiste en que, en este momento, al parecer, la misma pretensión que plantea ante el Consejo de Ministros el 7 de diciembre de 2006, y que da lugar al presente procedimiento, se halla formulada y pendiente de decisión por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como pretensión conectada con la de anulación de la resolución del Secretario de Estado de Seguridad de 20 de febrero de 2006. Es más, este recurso contencioso-administrativo ya se hallaba interpuesto y admitido cuando el 7 de diciembre de 2006 se dirigió al Consejo de Ministros (punto segundo de antecedentes).

El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en la Constitución, obliga al más exquisito respeto de las actuaciones judiciales, especialmente por el Consejo de Ministros, órgano colegiado del Gobierno (artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), el cual tiene confiada constitucionalmente la dirección de la Administración (artículo 97 de la Constitución). Aunque la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos (artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya citada), importa mucho no contradecir o desconocer las resoluciones judiciales, cuando los asuntos ya hayan sido objeto de un primer pronunciamiento administrativo y se encuentren sub iudice. En estas condiciones lo oportuno es proceder como ya se ha hecho por el órgano instructor del Ministerio del Interior en casos similares: suspender el procedimiento hasta que se acredite la terminación del proceso judicial. Si concluyera con una decisión jurisdiccional sobre el fondo de la cuestión, procedería llevarla a efecto. Si concluyera de otro modo, por ejemplo, por



desistimiento del actor habría que reanudar entonces el presente procedimiento, en el que habría de tenerse presente la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esto en modo alguno supone apartarse de los más recientes dictámenes del Consejo de Estado sobre reclamaciones de responsabilidad del Estado legislador por pase a segunda actividad de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Tan solo pretende salvaguardar, en este supuesto singular, la contradicción eventual entre el proceso judicial -iniciado y admitido meses antes de iniciarse el presente procedimiento, como reacción frente a un acto administrativo firme- y la resolución que deba adoptar el Consejo de Ministros. Un desistimiento de la pretensión resarcitoria formulada en vía judicial permitiría, por tanto, obviar la posible contradicción y abrir la vía a una decisión administrativa sobre el fondo del asunto, en línea con otros casos análogos. En consecuencia, este Alto Cuerpo Consultivo entiende que, en el presente estado de tramitación, el órgano instructor ha de acordar la suspensión del procedimiento administrativo de responsabilidad del Estado legislador, en tanto se tramita el recurso contencioso-administrativo con idéntica pretensión, que fue formulado con anterioridad."

Viene a reforzar el argumento anterior lo dispuesto en la normativa reguladora del Defensor del Pueblo. Así, el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo dispone lo siguiente:

"2. El Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados."

En similares términos se expresa la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz.

Entiende esta Secretaría General que el criterio expuesto debería ser tenido en cuenta en el supuesto que nos ocupa, pues la función de asesoramiento legal¹ encomendada a este órgano tiene una identidad sustancial con la función de consulta ejercida por el Consejo de Estado y con la función de supervisión de la actividad de la Administración ejercida por el Defensor del Pueblo. Por tanto, sería recomendable posponer cualquier análisis de esta Secretaría General sobre la cuestión suscitada.

En relación con la conclusión inmediatamente anterior, entiende esta Secretaría General que debe hacerse referencia a lo que Santamaría Pastor denomina "regla de preferencia fáctica", la cual consiste en lo siguiente: en los casos en que se enjuicie una misma conducta por un órgano administrativo y un órgano del poder judicial, hay una preferencia con respecto a la vinculación que la Sentencia Judicial produce en el ámbito administrativo acerca de los hechos probados que contenga. La citada regla deriva del principio de concurrencia de sanciones o "non bis in ídem" prevista en el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y se reproduce en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

¹ Artículos 92 y 122.5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.



“En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”, lo cual impide cualquier pronunciamiento de un órgano administrativo, como puede ser esta Secretaría General, hasta tanto no se pronuncie el orden jurisdiccional penal.

3º) Las diferencias detectadas entre las dos distintas versiones del pliego de cláusulas administrativas particulares contenidas en el expediente 01/2015 en la documentación remitida a la Fiscalía Provincial de Málaga, y el hecho de que en ningún momento se haya acreditado fehacientemente ante esta Secretaría General cuál es el pliego que sirvió de base a la licitación del mencionado expediente, impiden formular unas conclusiones definitivas.

Es todo cuanto tenemos el honor de informar.

En Málaga, a 28 de marzo de 2017

EL SECRETARIO GENERAL,

Venancio Gutiérrez Colomina

SRA. PORTAVOZ DEL GRUPO MUNICIPAL SOCIALISTA.-