

Expte nº 1000530/2017 y 226.359/17

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

As/ Escrito Asociación Detallistas Mercado Central al proyecto para la rehabilitación Mercado y "Proyecto rehabilitación Mercado Central".**AL GOBIERNO DE ZARAGOZA**

Abierto periodo de información pública al proyecto de rehabilitación del Mercado Central ha sido presentada en plazo por la Asociación de Detallistas de dicho mercado un escrito de alegaciones (denominadas "sugerencias") en el que se proponen determinadas variaciones al proyecto, diecisiete en total.

Algunas de las sugerencias han sido informadas directamente, al tratarse de cuestiones que afectan a cuestiones constructivas, de diseño funcional o arquitectónicas, por el Arquitecto municipal supervisor del proyecto (sugerencias nº 6 al 17).

El resto de sugerencias (nº 1 al 5), al referirse a cuestiones que pueden repercutir en el procedimiento de licitación para el otorgamiento de las concesiones del mercado Central, requieren de un estudio jurídico concreto (así lo viene a demandar el informe previo del arquitecto supervisor del proyecto) debido a la incidencia que pudiera tener su admisión -técnicamente posible- en el procedimiento concesional actualmente en curso.

El informe demandado se estructura en los siguientes apartados.

1.- SIMULTANEIDAD TEMPORAL ENTRE DOS PROCEDIMIENTOS DIRIGIDOS AL MISMO OBJETIVO PERO DE DIFERENTE NATURALEZA.

Por acuerdo del Gobierno de Zaragoza de fecha 9 de Junio de 2017 fue aprobado el pliego de condiciones que debía inspirar y regir la licitación de las concesiones del Mercado Central. Equipamiento éste en el que los actuales detallistas prestan el servicio de abastos a precario hasta que su rehabilitación permita su regular ocupación.

En estos momentos el correspondiente expediente (nº 205.683/17) se encuentra en trámite de examen de la documentación presentada en el procedimiento restringido previo relativo a requisitos de solvencia profesional y económica. Una vez declarados los invitados a la segunda fase, y presentadas las oportunas ofertas en ella, se efectuará la correspondiente propuesta de adjudicación y el otorgamiento de los correspondientes títulos concesionales.

A nivel meramente indicativo se menciona que el número de solicitudes han sido 62 frente a 74 puestos totales (con la posibilidad de que los invitados puedan solicitar como máximo 2 puestos).

Simultáneamente, y en otro ámbito de actuaciones muy relacionadas con el expediente anterior, se han redactado los proyectos relativos al mercado provisional, mientras duren las obras de rehabilitación del edificio actual (en fase de valoración de ofertas), y el propio proyecto de

SERVICIO JURÍDICO DE MERCADOS

rehabilitación del Mercado Central. Es la fase de información pública de este último proyecto aquella en la que se ha presentado la alegación que se informa.

Aunque la adecuación a un procedimiento regular y cauto hubiera aconsejado que el proceso licitatorio de las concesiones demaniales comenzara una vez finalizado el procedimiento de aprobación del correspondiente proyecto para tomar de él los elementos necesarios para fundamentar el correspondiente pliego concesional (en particular los puestos y su familia de producto), los tiempos manejados para ambos procesos y su cronograma de fases hubieron de aconsejar que se iniciara previamente el procedimiento licitatorio concesional tomando como base de puestos y productos el plano identificativo de éstos ya suficientemente detallado en el avance de proyecto.

Esta relación entre ambos procedimientos ha de llevar consigo la necesaria interpretación de que cualquier incidencia que se plantee con respecto a los procedimientos de los proyectos que pudiera tener una especial repercusión en el procedimiento concesional debe requerir de un análisis específico bajo la óptica jurídico contractual.

Esta alegación, en sus puntos 1 a 5, requiere de esa interpretación que se efectúa en los puntos siguientes

2) INCIDENCIA DIRECTA DE LOS CAMBIOS SOLICITADOS EN LAS ALEGACIONES 1 A 5 EN EL PLIEGO DE CONDICIONES REGULADOR DE LA CONVOCATORIA CONCESIONAL

Como se decía en el informe que se acompañaba al pliego de condiciones (folios 53 a 59 del expediente), los datos económicos que iban unidos a cada puesto tomaban como referencia el estudio económico que los fijaba en base a un dossier realizado por MERCASA y que consta en el expediente.

Estas cuantías económicas de cada puesto (aportación inicial única y canon concesional) venían determinadas por una magnitud denominada "unidad de aprovechamiento" para cuyo cálculo intervenían determinados parámetros tales como la superficie, el tipo de producto, la ubicación del puesto y la incidencia de utilización de espacios genéricos. En la medida que cualquier variación producida sobre estos parámetros implicara una modificación de la aportación inicial única o el canon (que venían fijados certeramente y en cuantía variable según puesto en el pliego), esta variación implicaría una afectación directa al pliego que implicaría su modificación.

Esta afectación directa es la que se detalla en el "informe económico sobre las propuestas de modificación al diseño de la reforma del Mercado Central" de fecha 11-9-2017, elaborado a solicitud de ese Servicio por la Oficina de Estudios y Asesoramiento Económico en el que se advierte que, de estimarse las alegaciones que conllevan de por sí un cambio en los coeficientes que forman parte del cálculo para fijar las cuantías económicas, *"la variación de cualquiera de los tres factores (superficie, producto o situación) que definen un puesto, tiene un impacto económico directo tanto en la aportación inicial como en el canon concesional asociados al puesto, ya que modifican las unidades de aprovechamiento asociados al puesto"*.

DILIGENCIA.- Para hacer constar que esta propuesta fue aprobada en la sesión del Gobierno de Zaragoza de 22 de 09 de 2017.

En la I.C. de Zaragoza, a 27 de 09 de 2017
EL TITULAR DEL ÓRGANO DE APOYO AL GOBIERNO

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

Tras el parafraseado reproducido, el mencionado informe viene a detallar la repercusión que la estimación de las alegaciones 1 a 5 representaría en las cuotas económicas asociadas a cada puesto en cada uno de los casos.

A nivel de ejemplo se mencionan los efectos de la alegación 1ª:

Puesto 39	Aportación inicial	canon
Pliegos: menuceles	62.340,41 €	103,90 €
Alegación: Alimentación varia	54.606,86 €	91,01 €

Acaba este informe aportando datos suficientes que demuestran que EN TODOS LOS CASOS REFERIDOS A LAS ALEGACIONES 1 A 5, las cuantías económicas asociadas a los puestos variarían, ya fuera al alza o a la baja.

Se acompaña al presente el informe de la Oficina de Estudios y Asesoramiento Económico.

3.- INALTERABILIDAD DE LOS PLIEGOS UNA VEZ INICIADO EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO SALVO A TRAVÉS DE DETERMINADOS CAUCES.

El número de puestos y su distribución por productos del pliego tomaba como referencia la adecuada proporción que el estudio técnico-económico de MERCASA reflejaba en su página 8 de la siguiente manera:

“El mix comercial propuesto para estos 78 puestos estará compuesto por...”

Ésta pareció la distribución adecuada y por ello se trasladó al pliego concesional en el entendimiento de que, aconsejada por el organismo cualificado en la materia, resultaba ser la que procedía.

Cualquier variación sobre ella debería encontrarse, en esta fase procedimental, suficiente, ente motivada. No pareciendo consistentes y fundadas jurídica o técnicamente las justificaciones sustentadoras de la pretensión. Justificaciones que, por otro lado, podrían venir sugeridas por el propio colectivo integrante de la familia del producto genérico en este procedimiento al que se han presentado menos participantes que número de puestos ofertados, pudiéndose constituir así el propio colectivo en artífice de operaciones que podrían interferir en la aplicación al procedimiento de los principios de concurrencia propias de todo procedimiento licitatorio. Sobre todo teniendo en cuenta que la Asociación alegante está integrada por 60 de los 62 participantes.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto por la cláusula 2 del pliego concesional, la naturaleza jurídica de los títulos de ocupación de los puestos del Mercado Central reunía todos los requisitos para ser considerada una concesión demanial como instrumento para la prestación de un servicio municipal (art. 25 Ley 7/85 LBRL).

Según ya se apuntaba en el informe introductorio del pliego, estas concesiones resultan excluidas de

DILIGENCIA.- Para hacer constar que esta propuesta fue aprobada en la sesión del Gobierno de Zaragoza de 22 de 09 de 2017.

En la I.C. de Zaragoza, a 27 de 09 de 2017
EL TITULAR DEL ÓRGANO DE APOYO AL GOBIERNO

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

SERVICIO JURÍDICO DE MERCADOS

la aplicación directa de la normativa contractual (art. 4, 1, o)TRLCS) . Pero también se mencionaba en el mismo informe que *“esta salida general de la legislación contractual no impide, sino que más bien aconseja y necesita, que el procedimiento licitatorio que se desarrolla respete los principios rectores del ordenamiento contractual, a saber, entre otros, igualdad de trato, transparencia y publicidad”*. Citando normativa especial de preferente aplicación que exigía *“régimen de concurrencia”* (art 93,1 LPAP) y *“previa licitación”* (art 83.1 RBASO aragonés). Estas circunstancias son las que aconsejaron que en la cláusula 3 del pliego se incluyera como legislación aplicable la normativa contractual (TRLCS) *“en lo que se derive de sus principios inspiradores”*.

A falta de preceptos específicos en la normativa especial referida (añadiendo ahora el RBEL, cuyo artículo 78 remite en cuanto al procedimiento para el otorgamiento de este tipo de concesiones a *“la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales”*, que en estos momentos resulta ser la normativa contractual general por imperativo de lo dispuesto en el art. 3, 1 a) del TRLCS), habrá que acudir a esta normativa general para dirimir los aspectos de esta alegación que inciden en ella.

Siguiendo este hilo discursivo, resulta ser pacífica la doctrina y jurisprudencia que considera al pliego como *“lex contractus”* (p.e. S.T.S 25-7-89, RJ 6111, entre muchas otras) y con poder vinculante tanto para los participantes en el procedimiento que haya iniciado su aprobación, como para el organismo convocante (S.T.S. 12-5-92, RJ 4171; Dictamen Consejo Estado 41.914 de 24-5-79; S.T.S. 20-3-1972 entre otras muchas).

La repercusión que tendría la aceptación de las alegaciones (en el procedimiento de información pública del proyecto) llevaría a la modificación del pliego teniendo en cuenta que deberían ser modificadas las cláusulas contenidas en el mismo, particularmente las referidas a las cuantías económicas que gravan los puestos según la familia del producto (informe de la Oficina de Estudios y Asesoramiento Económico): cláusula 8 y su anejo 1 y 2 unidos, 12, 13, anejo 4 y el anejo referido a la estimación de futuras cuotas comunitarias.

Estas modificaciones de los pliegos una vez iniciado el procedimiento contractual ya fue objeto de alusiones por parte de la Comisión Europea (Libro Verde de la contratación pública en la Unión Europea, comunicación de 27 -11-96) en las que se decía:

“varios casos presentados a la Comisión ilustran la situación en que los poderes y entidades adjudicadoras adoptan decisiones y actuaciones que, aún sin quedar explícitamente reguladas o prohibidas por las Directivas, son contrarias a Derecho comunitario: un ejemplo, es la modificación sustancial del pliego de condiciones durante el procedimiento.....”

Estas recomendaciones son las que llevaron a las modificaciones operadas en la normativa contractual introduciendo mayores rigores y prohibiciones en el apartado de las modificaciones contractuales. Nuevas exigencias que vinieron introducidas por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, modificando sustancialmente los requisitos de las modificaciones contractuales (arts. 219 y ss. TRLSP) y cuya incidencia en la redacción del pliego ha venido a recomendar la inclusión de la cláusula 29 en el pliego bajo el título de *“modificación de la concesión”* para recoger causas concretas de posibles modificaciones contractuales.

DILIGENCIA.- Para hacer constar que esta propuesta fue aprobada en la sesión del Gobierno de Zaragoza de 22 de 09 de 2017.

En la LC. de Zaragoza, a 27 de 09 de 2017
EL TITULAR DEL ÓRGANO DE APOYO AL GOBIERNO

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

Pareciendo no existir duda acerca de que la posible modificación de las familias de productos vendibles por los puestos objeto del procedimiento concurrente abierto, si implica modificación de las cuantías económicas inherentes a los mismos, conlleva una variación sustancial de los elementos del pliego, la aceptación de las alegaciones (modificando las cláusulas vitales) debería realizarse por los cauces que el ordenamiento jurídico global establece para ello.

Frente al principio de inalterabilidad del pliego como elemento inicial a considerar, y en la admisión de que la aprobación del mismo ha conllevado un acto administrativo definitorio de derechos y obligaciones entre las partes (acto definitivo), su modificación -aún sentado ese principio general de su inalterabilidad- podría llegar a producirse a través de los procedimientos de revisión de los actos administrativos.

Así lo viene a predicar para un supuesto concreto con cierta similitud con el presente la Resolución del Tribunal de la Contratación Pública de Madrid 1/2013, de 5 de Marzo que, con cita de la S.TJUE de 4-12-13, asunto C 448/01, asunto EVN AG/Wienstron-Gumbh, viene a decir:

“los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni mucho menos, como en este caso, una vez adjudicado el contrato.... En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos”.

Los efectos de una hipotética estimación, técnicamente posible, conllevarían los efectos de retrotraer el procedimiento a su trámite inicial mediante la aprobación de nuevos pliegos ya modificados. Y habrá de observarse que, dada la simultaneidad temporal de procedimiento entre los proyectos constructivos y los pliegos concesionales, el desenvolvimiento y desenlace pacífico y regular de ambos impediría que el mercado provisional quedase cubierto en el momento de su terminación, situación ésta no deseable.

La resolución 245/2016, de 5-5-16, del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales viene a resolver una situación parecida. Diciendo:

“...los pliegos que rigen determinada contratación no pueden, con carácter general, una vez aprobados, ser modificados por el Órgano de contratación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, los tres siguientes (entre otras, resolución 160/20141, de 28 de febrero, FJ octavo): a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 75 del RGCAP; b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 102 de la LRJPAC; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso. Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 103 de la LRJPAC. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en

DILIGENCIA.- Para hacer constar que esta propuesta fue aprobada en la sesión del Gobierno de Zaragoza de 22 de 09 de 2017

En la LC. de Zaragoza, a 27 de 09 de 2017
EL TITULAR DEL ÓRGANO DE APOYO AL GOBIERNO

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

SERVICIO JURÍDICO DE MERCADOS

cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto”.

“El Tribunal considera que dicho argumento no resulta atendible, pues cuando el órgano de contratación entendió que procedía la rectificación de los pliegos y anuncios para incluir esos requerimientos, el procedimiento de licitación se encontraba en una fase de tramitación inicial en la que únicamente se había procedido a la publicación de los preceptivos anuncios, siendo así que, en aras de los principios de economía procedimental y de celeridad, nada impide acordar una rectificación de los pliegos y dar publicidad a dicha modificación con nuevos anuncio en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas. Dicha actuación resulta plenamente garantista con los derechos de los licitadores y consigue un resultado idéntico al que se habría alcanzado con la anulación del procedimiento y la iniciación de otro posterior. Es más, el artículo 155.4 del TRLCSP supedita el desistimiento del procedimiento por el órgano de contratación a la circunstancia de que concurra una infracción “no subsanable” de las normas de preparación del contrato o de las que regulan el procedimiento de adjudicación”

“...abriendo un nuevo plazo de presentación de ofertas tras la modificación del pliego”.

Las razones anteriores aconsejan la desestimación de las alegaciones por su repercusión en el pliego concesional. Así como también la alegación numerada como 7 por incidir igualmente en el equilibrio económico concesional.

4. POSIBILIDAD DE SATISFACCIÓN DE LOS INTERESES PRETENDIDOS EN OTROS MOMENTOS POSTERIORES.

Los trámites procedimentales en los que se encuentran los expedientes relativos al Mercado Central ya se han mencionado en el punto 1 inicial.

El pliego concesional se encuentra en los momentos de confección del presente informe en el trámite de subsanación de deficiencias respecto de los requisitos de solvencia profesional y económica (1ª fase de procedimiento restringido previo: sobres 1 y 2).

Una vez superada la fase 2ª siguiente (sobres 3 y 4) y formalizados los oportunos titulares concesionales con aquellos solicitantes favorecidos por la concesión, parece claro que, dadas las 62 solicitudes presentadas a los 74 puestos ofertados, restaren vacantes para las que será necesario convocar nueva licitación ya que el objetivo de la licitación, resulta obvio, es ocupar todos los puestos.

En la medida que el pliego rector de la nueva licitación deberá contener un plano descriptivo de los nuevos puestos vacantes, y dado que constructiva y técnicamente resulta posible adecuar las instalaciones al cambio de familias de productos pretendido sin alterar el precio del presupuesto ni del correspondiente contrato de obra, el momento apropiado para satisfacer los intereses de la Asociación pudiera ser ése.

DILIGENCIA.- Para hacer constar que esta propuesta fue aprobada en la sesión del Gobierno de Zaragoza de 22 de 09 de 2017

En la I.C. de Zaragoza a 29 de 09 de 2017
EL TITULAR DEL ÓRGANO DE APOYO AL GOBIERNO

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

Satisfacción que también podría producirse con la regulación normativa que se pudiera prever en el nuevo Reglamento del Mercado cuya redacción ya fue encargada por el mismo acuerdo de Gobierno de la ciudad aprobatorio del pliego que, como es normal en este tipo de Reglamentos, suelen facilitar el cambio de productos para los puestos con el fin de favorecer la total ocupación de los mismos en concesiones de larga duración como la presente.

En base a lo anterior y para ser elevado al órgano de contratación en el trámite de aprobación del proyecto rehabilitación por modernización del Mercado Central Lanuza, acompañándose al presente informe los del Arquitecto municipal supervisor y el de la oficina de Estudios y Asesoramiento Económico, se formula la siguiente propuesta de acuerdo:

PRIMERO.- Contestar a la alegación presentada por la Asociación de Detallistas del Mercado Central en el trámite de información pública del proyecto para su rehabilitación mediante la estimación parcial de alguna de ellas o bien por estar resuelta en el proyecto o por posibilidad de ser consideradas en la fase constructiva (nº 6, agrupación de puestos; nº 7 parcial en cuanto a la climatización de puestos; nº 10, barreras físicas delimitativas de la zona de hostelería; nº 11, tomas de agua, desagües y telecomunicaciones en las salas de exposición y aula en planta semisótano; nº 12, telecomunicaciones entre obradores y puestos; nº 13, aparatos medidores de consumos de agua y electricidad; nº 14, capacidad del ascensor y nº 15 en la parte de los espacios demandados para carros de compra); desestimándose en el resto por las consideraciones incluidas en los informes de los Servicios unidos al expediente.

SEGUNDO.- Comunicar a la Asociación alegante que una parte considerable de las sugerencias planteadas puedan tener solución favorable en otros momentos posteriores, tal como se deriva de los informes obrantes que deberían ser notificados con el presente acuerdo


TERCERO.- Aprobar proyecto de rehabilitación por modernización del Mercado Central Lanuza con un presupuesto de contrata de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES CON TREINTA Y OCHO EUROS sin IVA y DIEZ MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS CON SETENTA Y NUEVE EUROS con IVA incluido, remitiéndose el mismo a la Sociedad Municipal MERCAZARAGOZA SA para la redacción del oportuno pliego y tramitación del correspondiente procedimiento contractual en base a la encomienda de gestión que tiene asignada.

I.C. de Zaragoza, 11 de Septiembre de 2017

EL JEFE DEL SERVICIO JURÍDICO
DE MERCADOS

CONFORME:
EL COORDINADOR GENERAL DEL AREA
DE URBANISMO Y SOSTENIBILIDAD


Fdo.: Miguel Angel Abadía Iguacén


Fdo.: Ramiro Pardo Berges

DILIGENCIA.- Para hacer constar
que esta propuesta fue aprobada
en la sesión del Gobierno de Zaragoza
de 22 de 09 de 2017

En la I.C. de Zaragoza, a 27 de 09 de 2017
EL TITULAR DEL ÓRGANO DE APOYO AL GOBIERNO

Edo.: Fernando Benedicto Armengol

