

Recurso 278/2017**Resolución 5/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 12 de enero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** y **ELECTRICITAT BOQUET, S.L.** contra el Acuerdo, de 6 de noviembre de 2017, del Pleno del Ayuntamiento de Tabernas por el que se adjudica el contrato denominado "Suministro y servicios energéticos, comprendiendo la gestión integral energética y el mantenimiento integral con garantía total del alumbrado público, edificios, instalaciones e infraestructuras municipales" (Expte. 1/2017), convocado por el Ayuntamiento de Tabernas (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 1 de junio de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó, el 22 de junio de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 148 y el 30 de mayo de 2017 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Tabernas.



El valor estimado del contrato asciende a 3.114.000,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraban las ahora recurrentes con el compromiso de constituirse en una unión temporal de empresas.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta Acuerdo, de 6 de noviembre de 2017, del Pleno del Ayuntamiento de Tabernas por el que se adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad CLECE, S.A. Dicho acuerdo fue remitido a las ahora recurrentes mediante sendos escritos el 7 de noviembre de 2017.

CUARTO. El 29 de noviembre de 2017, tuvo entrada en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. y ELECTRICITAT BOQUET, S.L. contra el citado Acuerdo, de 6 de noviembre de 2017, del Pleno del Ayuntamiento de Tabernas. En el recuso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, el 30 de noviembre de 2017 dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y le solicitó que comunicara por escrito si disponía de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito y, en caso negativo, que remitiera el expediente de contratación, el informe al recurso, las alegaciones al mantenimiento de la suspensión solicitada



por las recurrentes y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Con fecha 5 de diciembre de 2017 se recibe, acompañado de la documentación requerida, escrito del Ayuntamiento de Tabernas manifestando que no dispone de órgano de propio para la resolución de los recursos especiales y reclamaciones en materia de contratación.

SEXTO. El 12 de diciembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la entidad CLECE, S.A. (en adelante CLECE).

SÉPTIMO. Mediante Resolución, de 13 de diciembre de 2017, este Tribunal acuerda el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011,



de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que en el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, este Tribunal será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011, permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Tabernas manifiesta que carece de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostentan legitimación las recurrentes para la interposición del recurso, dada su condición de empresas que han licitado con el compromiso de constituir una unión temporal, de acuerdo con los artículos 42 del TRLCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que *“En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra



alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

El acuerdo de adjudicación impugnado fue remitido a las ahora recurrentes mediante sendos escritos el 7 de noviembre de 2017, por lo que al haberse presentado el recurso el 29 de noviembre de 2017 en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, el mismo se habría interpuesto, en principio, fuera del plazo legal antes expresado, como alega la entidad interesada CLECE.

No obstante, conforme a la Resolución, de 5 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Trabajo, por la que se declaran las fiestas laborales de ámbito local en la Comunidad de Madrid para el año 2017, el 9 de noviembre de 2017 fue fiesta local, y por tanto inhábil, en el municipio de Madrid, sede social de la recurrente GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. (en adelante GNS). Así pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 30.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas *-Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o*



a la inversa, se considerará inhábil en todo caso-, el recurso presentado por dicha empresa -GNS- se habría interpuesto dentro del plazo legal antes expresado, no así el presentado por la entidad ELECTRICITAT BOQUET, S.L. que lo habría hecho de forma extemporánea.

Por tanto, conforme al citado artículo 24.2 del Reglamento, en el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas -en el presente caso las dos recurrentes-, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, por lo que el mismo ha de admitirse al haberlo presentado dentro del plazo la empresa GNS, miembro de la unión temporal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente GNS interpone el presente recurso contra el acuerdo del órgano de contratación, de 6 de noviembre de 2017, de adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se declare su anulación, con retroacción del procedimiento a la fase previa a la adjudicación, para que por el órgano de contratación se realice el cálculo de los ofertas de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en el sentido expuesto en el cuerpo del recurso, debiendo llevarse a cabo el procedimiento establecido en el artículo 152 del TRLCSP, con requerimiento a la entidad CLECE para que justifique su oferta y precise las condiciones de la misma por estar, a juicio de la recurrente, incurso, inicialmente, en baja anormal o desproporcionada.

Con carácter previo es necesario analizar el alegato de la entidad interesada CLECE que argumenta que se recurre la adjudicación a los únicos efectos de demostrar que su oferta estaría incurso en baja anormal o desproporcionada y, sin embargo, por puntos es imposible que la recurrente GNS pudiera optar a la adjudicación.



En este sentido, no se le puede dar la razón a CLECE pues de prosperar el recurso de GNS y estar la oferta de aquella incursa, inicialmente, en baja anormal o desproporcionada, tendría que justificar la misma y de entender el órgano de contratación que no se justifica su viabilidad la excluiría del procedimiento, resultando entonces adjudicataria la unión temporal de empresas, de la cual forma parte la entidad GNS, al haber quedado clasificada en segundo lugar.

SEXTO. Visto lo anterior, procede examinar si la valoración de la ofertas económicas se ha efectuado o no correctamente y comprobar si la proposición de CLECE está o no inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada.

Al respecto, el PCAP en su cláusula 16.3, y en lo que aquí interesa, dispone que el sobre C contendrá la proposición económica *“acompañada de un Plan Económico Financiero que avale la proposición económica presentada, sin errores o tachaduras que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas, y que, de producirse, provocarán que la proposición sea rechazada.”*

Asimismo, en el anexo V del PCAP -modelo de proposición económica-, en lo que aquí interesa, se dispone que la entidad licitadora se compromete *“a ejecutar el contrato con estricta sujeción a los requisitos exigidos, de acuerdo con las condiciones ofertadas, por la cantidad de:*

- Importe total en números (+IVA):

- Importe total en letras (+IVA):”.

Por otra parte, el plazo de duración del contrato, según la cláusula 11 del PCAP, es de 12 años y conforme a la cláusula 13.2 del citado pliego -criterios cuya valoración depende de un juicio de valor-, en el apartado de mejoras propuestas sin cargo para la Administración, se valora con hasta un máximo de 20 puntos *“por la carencia propuesta en el pago de la cuota del primer año”*.



Pues bien, así las cosas, las ofertas económicas presentadas por las distintas entidades licitadoras fueron las siguientes, según constan en sus respectivas ofertas a las que ha tenido acceso este Tribunal:

- CLECE, S.A.: 2.162.589,92 € + IVA
- UTE GNS - ELECTRICITAT BOQUET, S.L.: 216.760 €/año + IVA
- ELXAMEX, S.A.: 2.506.770,00 € + IVA
- ENDESA ENERGÍA, S.A.U.: 2.7449.662,00 € + IVA

Como se puede comprobar todas las entidades licitadoras ofertaron por la totalidad del contrato, como exigía el modelo de proposición económica, salvo la unión temporal, de la cual es integrante la recurrente GNS, que oferta un importe anual.

Ante esta eventualidad, la mesa de contratación interpreta, según se pone de manifiesto por el órgano de contratación en el informe al recurso, que la oferta de GNS ascendía a 2.384.360 € + IVA, fruto de multiplicar el importe ofertado -216.760 €/año + IVA- por 11 años al haber ofertado también 1 año de carencia.

Contra esta interpretación de la mesa de contratación se alza la recurrente GNS manifestando que su oferta lo es por 12 años, y que en ningún caso el PCAP indica que la carencia de pago implique una duración de 11 años del contrato. Asimismo, indica que el plan económico que presenta justifica los flujos de caja durante los 12 años de duración del contrato, y adicionalmente justifica la carencia de pago. En este sentido, entiende que la carencia de un año -que ha ofertado en su proposición- conlleva el aplazamiento del precio hasta transcurrido un año pero en ningún caso significa que el contrato tenga una duración de 11 años en lugar de 12.

Afirma la recurrente que si se tiene en cuenta lo alegado por ella, habría que multiplicar el importe que ha ofertado -216.760 €/año + IVA- por 12 años, lo



que daría un total de 2.601.120,00 €, por lo que la oferta económica de CLECE estaría incurso, inicialmente, en baja anormal o desproporcionada.

Pues bien, para la resolución del recurso se ha de partir necesariamente de que lo ofertado por GNS -216.760 €/año + IVA-, no se ajusta al modelo de proposición económica prevista en el pliego, sin que detalle claramente en su proposición si dicha cantidad año, lo es o no para toda la vida del contrato, si la misma ha de multiplicarse por los 12 años de duración del mismo, o tan solo por 11 años al haber ofertado uno de carencia; sin que a juicio de este Tribunal lo anterior se pueda deducir claramente del contenido de su plan económico financiero presentado.

Ante tal eventualidad ha de examinarse si el error cometido por GNS en su proposición económica -ofertar por un precio año y no por la totalidad del contrato como exige el pliego- comporta un error manifiesto en el importe de la proposición económica y, por tanto, la misma, ha de ser rechazada -artículo 84 del RGLCAP y cláusula 16.3 del PCAP- o, por el contrario, se trata de un error material y, por tanto, subsanable.

Al respecto es necesario examinar, por tanto, cuáles son los requisitos que de acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, se refiere al error material como *“un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente”*. Más adelante lo sigue describiendo *“(…) cuando resulta evidente que el órgano judicial simplemente se equivoca al dar una cifra, al calcularla o al trasladar el resultado.”*



Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), establece que “(...) *el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación*”. Debe tratarse de “*simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos.*”. El error material debe apreciarse “*teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error*”.

En definitiva, de la doctrina expuesta se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.

En el presente supuesto, la pretensión de la recurrente de que el importe que ha ofertado -216.760 €/año + IVA-, ha de ser corregido multiplicándolo por 12 años que es la duración del contrato, implica un juicio valorativo y exige operaciones de valoración jurídica, pues en el conjunto de su proposición no se detalla claramente si dicha cantidad año, lo es o no para toda la vida del contrato, si la misma ha de multiplicarse por los 12 años de duración del contrato, o por tan solo por 11 años al haber ofertado uno de carencia; sin que lo anterior se pueda deducir claramente del contenido de su plan económico financiero presentado, como pretende la recurrente.

En este sentido, el órgano de contratación fue benevolente con la unión temporal, de la cual forma parte la entidad GNS, pues debiendo rechazar su proposición por los motivos expuestos, optó por la solución menos perjudicial para los intereses de dicha licitadora, no excluyéndola del procedimiento.



En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** contra el Acuerdo, de 6 de noviembre de 2017, del Pleno del Ayuntamiento de Tabernas por el que se adjudica el contrato denominado "Suministro y servicios energéticos, comprendiendo la gestión integral energética y el mantenimiento integral con garantía total del alumbrado público, edificios, instalaciones e infraestructuras municipales" (Expte. 1/2017), convocado por el Ayuntamiento de Tabernas (Almería).

Inadmitir por extemporáneo el presentado por la entidad **ELECTRICITAT BOQUET, S.L.**

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal en Resolución, de 13 de diciembre de 2017.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

