

Recurso 22/2015**Resolución 225/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 10 de junio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AURA ENERGÍA, S.L.** contra la Resolución de la Alcaldía nº 10635/2014, de 23 de diciembre de 2014, por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la citada empresa del procedimiento de adjudicación y se declara desierta la licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica para las instalaciones del Ayuntamiento de Vélez-Málaga de potencia superior a 10 KW” (Expte. SUM. 04.13) convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 1 de octubre de 2014, 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. El 9 de octubre de 2014, se publicó en el Boletín Oficial del Estado número 245, habiéndose publicado asimismo, el 3 de octubre de 2014, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Vélez-Málaga.



El valor estimado de la contratación asciende a la cantidad de 1.491.980,16 euros.

SEGUNDO. El 23 de diciembre de 2014, se dicta resolución de la Alcaldía de Vélez-Málaga por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de adjudicación y se declara desierta la licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica para las instalaciones del Ayuntamiento de Vélez-Málaga de potencia superior a 10 KW” (Expte. SUM. 04.13).

TERCERO. El 20 de enero de 2015, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Vélez-Málaga escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AURA ENERGÍA, S.L.** contra la citada resolución.

El órgano de contratación remitió el recurso y el expediente junto a su informe en relación al recurso interpuesto, teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 28 de enero de 2015.

CUARTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 3 de febrero de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a la entidad ENDESA ENERGIA, S.A.U. concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

En el plazo concedido para ello no se han presentado alegaciones en relación con el recurso interpuesto.

QUINTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales, salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 19 de marzo de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento Vélez-Málaga, al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Procede analizar ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El acto impugnado ha sido dictado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, que pretende concertar una Administración Pública. Se cumple así lo dispuesto en el artículo 40.1 a) del TRLCSP.



Asimismo, la resolución recurrida acuerda excluir la oferta de la recurrente y de la otra licitadora del procedimiento de adjudicación declarando, consecuentemente, desierta la licitación al no haber sido ninguna oferta presentada considerada admisible. Por tanto, aunque en el recurso especial se combate sustantivamente la exclusión de la licitación, el acto formalmente impugnado es la declaración de desierto que se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible, siendo por tanto susceptible de recurso especial en virtud del artículo 40.2.c) del TRLCSP, como ya señaló este Tribunal en sus Resoluciones 14/2015, de 20 de enero, y 75/2015, de 24 de febrero.

CUARTO. No consta que la recurrente haya presentado el anuncio previo del recurso al órgano de contratación en los términos exigidos en el artículo 44.1 del TRLCSP. No obstante, la falta del citado anuncio debe entenderse suplida, por razones de eficacia procedimental, con la interposición del recurso directamente en el registro del órgano de contratación, pues, a través de esta vía, dicho órgano tuvo ya conocimiento del recurso que es, en realidad, la finalidad pretendida por el anuncio previo.

QUINTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto examinado, el día 2 de enero de 2015, se remitió a la recurrente mediante correo certificado la citada resolución. Por tanto, habiendo tenido entrada el recurso en el registro del órgano de contratación el 20 de enero de



2015, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido.

SEXO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La Resolución de la Alcaldía nº 10635/2014, de 23 de diciembre, señalaba lo siguiente:

“PONER DE MANIFIESTO a los licitadores a los efectos de lo dispuesto en el artículo 151 del TRLCSP el **acuerdo de la Mesa de Contratación de DESECHAR LAS SIGUIENTES proposiciones económicas** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP por los motivos expuestos en el informe citado, de forma que los siguientes licitadores quedan excluidos del procedimiento de licitación.

Proposición nº 1 ENDESA ENERGÍA, S.A.U.	Motivo: <i>Exceder del presupuesto base de licitación</i>
Proposición nº 2 AURA ENERGÍA, S.L.	Motivo: <i>Exceder del presupuesto base de licitación</i>

NO FORMULAR PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

DECLARAR DESIERTA la licitación de referencia al no haber sido ninguna oferta o proposición presentada declarada admisible de acuerdo con los criterios del PCAP aprobado, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.3 del TRLCSP”.

Frente a ello, manifiesta la recurrente que la cláusula 7 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) estipula que los términos regulados del precio



serán los vigentes en cada momento, siendo el término de potencia un concepto regulado en su totalidad.

Asimismo, señala que en el pliego de prescripciones técnicas aparecen los importes máximos unitarios del término de potencia y de energía de las tarifas 3.0A, 2.1DHA y 2.1A, correspondientes a la Orden IET/1491/2013, la cual fue sustituida por la Orden IET/107/2014 del 31 de enero de 2014.

Por último, concluye la recurrente alegando que fue excluida por presentar en la oferta el precio del término de potencia vigente a fecha de presentación de oferta, ligeramente superior al precio máximo que aparece en el pliego según la Orden IET/107/2014.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en el informe remitido a efectos del recurso que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) indica que el presupuesto de licitación es mejorable a la baja por los licitadores en sus ofertas, concretándose en la cláusula 7 del PPT, los importes máximos unitarios impuestos excluidos.

En este sentido, sigue señalando que, tanto la oferta presenta por la recurrente como la presentada por la otra licitadora, incumplen lo estipulado en el pliego pues lo precios ofertados en el término fijo son superiores a los establecidos en los pliegos como precios máximos unitarios. Por lo que el órgano de contratación acuerda declarar desierta la licitación al no haber sido ninguna de las ofertas presentadas declaradas admisibles de acuerdo con los criterios establecidos en el PCAP.

SÉPTIMO. Expuestos los argumentos de las partes, procede analizar las cuestiones suscitadas en el escrito de recurso. Éstas, en síntesis, se basan en que la oferta de la recurrente fue excluida por exceder del presupuesto base de licitación.



En primer lugar, alega la recurrente que la cláusula 7 del PPT estipula que los términos regulados del precio serán los vigentes en cada momento.

Para resolver la cuestión que motiva el presente recurso debe partirse de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación y del tenor de la proposición económica presentada por la recurrente.

Así, las cláusulas 3 y 4 del PCAP, bajo la rubrica << Presupuesto máximo de licitación y precio del contrato>> , señalan que:

“3. Presupuesto máximo de licitación

En el apartado C del Documento Anexo I al presente pliego se señala el presupuesto máximo de licitación (IVA excluido) mejorable a la baja por los licitadores en sus ofertas (...)

La presentación de cualquier oferta superior al presupuesto de licitación fijado en dicho apartado C, supondrá el rechazo automático de la proposición”.

** Anexo I C) del PCAP:*

PRESUPUESTO MÁXIMO (IVA EXCLUIDO): 1.491.980,16 (IVA EXCLUIDO).

PRESUPUESTO DE LICITACION: 1.491.980,16 euros (IVA EXCLUIDO) mejorable a la baja por los licitadores en sus ofertas, siendo objeto de una mayor concreción y motivación en la clausula 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas

El importe global se desglosa a continuación, según la aplicación presupuestaria a que se imputa:

Dependencias 759.870 € (627.991,73 C + 21% IVA)

Alumbrado Público 687.472 € (568.158,68 € + 21 % IVA)



Colegios Públicos 357.954 C (295.829,75 € + 21 % IVA)

=====

TOTAL PRECIO 1,805.296 € (1,421.980,16 € + 21 % IVA)

Las instalaciones objeto de la oferta de suministro eléctrico se han dividido en 3 bloques en función de la potencia y tensión de suministro:

Tarifa 3.0A: Suministros en Baja Tensión con potencia contratada superior a 15 Kw.

Tarifa 2.1 DHA: Suministros en Baja Tensión con potencia contratada superior a 10 KW e igual o inferior a 15 Kw, con discriminación horaria.

Tarifa 2.1 A: Suministros en Baja Tensión con potencia contratada superior a 10 KW e igual o inferior a 25 Kw, sin discriminación horaria.

Los licitadores deberán presentar una única oferta donde se especifiquen los precios de cada uno de los tres bloques (para la tarifa 3.0a. Tarifa 2.1 DHA y tarifa 2,1 A). En dichas ofertas que presenten los licitadores se fijará el precio del kW debido al término de potencia y el precio del kWh debido al término de energía al que el licitador se compromete a prestar el servicio, conforme al modelo de oferta económica del Anexo V del presente PCAP”.

4. Precio del contrato

(...)

En el supuesto de precios unitarios, estos serán los que se especifican en el apartado D del Documento Anexo I, no pudiendo en ningún supuesto los licitadores en sus ofertas superar dichos precios unitarios.

** Anexo I C) del PCAP:*

SISTEMA DE RETRIBUCIÓN

Por precios unitarios, referidos a los distintos componentes de la prestación de acuerdo con la ITC/1659/2009, de 22 de junio.



Asimismo, el apartado 9º de la cláusula 10 del PCAP recoge que “La presentación de cualquier oferta por precio superior al tipo supondrá rechazo automático de la proposición”.

Por otra parte, la cláusula 7 del PPT dispone que “Dado que el consumo estimado solo puede considerarse orientativo, aunque el consumo real sea inferior, el precio ofertado por Kwh para cada punto de suministro no podrá elevarse.

(...) el precio del contrato se formula por precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación de acuerdo con la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.

Los importes máximos unitarios impuestos excluidos son los siguientes:

1.- SUMINISTRO ELECTRICO A CONSUMIDORES CON POTENCIA CONTRATADA, P>15 Kw. TARIFA 3.0A

<i>Termino fijo</i>	<i>Término variable</i>
<i>Euros/KW y año</i>	<i>Euros/KWh</i>
15,87524	0,067339 Valle
23,81286	0,103957 Llano
39,68810	0,126186 Punta

2.- SUMINISTRO ELECTRICO CON DH CON POTENCIA CONTRATADA. 10 < P -=< 15 Kw. TARIFA 2.1 DHA

<i>Termino fijo</i>	<i>Término variable</i>
<i>Euros/KW año</i>	<i>Euros/KWh</i>



39,97808

0,089114 Valle

0,171291 Punta

*3.- SUMINISTRO ELECTRICO SIN DH CON POTENCIA CONTRATADA. 10 < P
=< 15 Kw. TARIFA 2.1A*

Termino fijo

Término variable

EurosIKW año

Euros/KWh

39,97808

0,148896

Por tanto, la adjudicación del contrato se hará por precios unitarios, estableciéndose un precio individual del término energía y del término potencia para cada una de pólizas de suministro energético incluidas en el objeto de contratación y, dentro de las mismas, para cada uno de los periodos de discriminación horaria establecidos.

El precio global del contrato, incluido el impuesto sobre la electricidad, será el que se determine de acuerdo con la oferta formulada por el contratista, que no podrá ser superior al coste previsto inicialmente especificado en el párrafo anterior.

(...)

Los precios unitarios establecidos en la adjudicación del contrato se mantendrán vigentes durante todo el periodo de duración de la contratación, salvo que con posterioridad a la adjudicación del contrato entre en vigor normativa de la que deriven variaciones en los componentes regulados del precio de la electricidad, variaciones que se incorporaran a los precios unitarios contractuales tanto si son al alza como si son a la baja, manteniéndose el mismo porcentaje de baja en relación a las tarifas reguladas vigentes que el contratista hubiese incorporado en su oferta.



(...) Los términos de potencia anuales serán como máximo los correspondientes a la tarifa de acceso vigente en cada momento, incrementados en el valor del Impuesto Eléctrico.

La potencia a facturar en cada periodo se determinará según lo establecido para las Tarifas Generales de Acceso de Alta Tensión (Orden ITC 3801/2008 y normativa que la sustituya).

(...)

No se establece presupuesto máximo de licitación dado que, considerando las características del suministro, el precio global no puede ser definido con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinado el consumo efectivo de energía eléctrica a las necesidades reales de este Ayuntamiento. La cantidades reflejadas en el presente pliego, correspondientes a la estimación de consumo, servirán exclusivamente como referencia a las firmas ofertantes, no comprometiéndose este Ayuntamiento a su adquisición si no resultase necesario”.

En base a lo expuesto, un dato relevante a tener en cuenta es que en esta contratación se establecen precios unitarios máximos, toda vez que la cuantía total de los bienes no es posible definirla al tiempo de celebrar el contrato, al estar subordinado el suministro a las necesidades de la Administración. En consecuencia, las ofertas económicas se hacen por precios unitarios y el contrato se adjudica, igualmente, atendiendo a dichos precios.

En este sentido, el Anexo V del PCAP establece el modelo de proposición económica que han de formular los licitadores distinguiendo entre suministro eléctrico a consumidores con potencia contratada, $P > 15$ Kw. Tarifa 3.0A, suministro eléctrico con DH con potencia contratada. $10 < p \leq 15$ Kw. Tarifa 2.1 DHA y suministro eléctrico sin DH con potencia contratada. $10 < P \leq 15$ Kw. Tarifa 2.1A., y debiendo ofertar un precio respecto del término fijo y del término



variable de cada uno de los apartados recogidos en dicho modelo de oferta económica.

En consonancia con las previsiones anteriores que para la determinación del precio establece el PCAP, su cláusula 4, en el modelo de proposición que se incluye en el Anexo V del PCAP, se exige que la proposición económica detalle el importe unitario, sin IVA, ofertado para cada uno de los apartados de los tres tipos de suministro eléctrico. Así, de acuerdo con el Anexo V citado, la proposición de AURA ENERGIA, S.L. fue la siguiente:

1.- SUMINISTRO ELECTRICO A CONSUMIDORES CON POTENCIA CONTRATADA, P>15 Kw. TARIFA 3.0A

<i>Termino fijo</i>	<i>Término variable</i>
<i>Euros/KW y año</i>	<i>Euros/KWh</i>
<i>20,720637</i>	<i>0,080870 Valle</i>
<i>31,080952</i>	<i>0,124915 Llano</i>
<i>43,710267</i>	<i>0,157977 Punta</i>

2.- SUMINISTRO ELECTRICO CON DH CON POTENCIA CONTRATADA. 10 < P -=< 15 Kw. TARIFA 2.1 DHA

<i>Termino fijo</i>	<i>Término variable</i>
<i>Euros/KW año</i>	<i>Euros/Kwh</i>
<i>56,527612</i>	<i>0,101912 Valle</i>
	<i>0,208025 Punta</i>

3.- SUMINISTRO ELECTRICO SIN DH CON POTENCIA CONTRATADA. 10 < P =< 15 Kw. TARIFA 2.1A

<i>Termino fijo</i>	<i>Término variable</i>
<i>EurosIKW año</i>	<i>Euros/KWh</i>
<i>56,527612</i>	<i>0,178574 V.</i>



Pues bien, establece el artículo 115 del TRLCSP que *«En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo»*. Y en desarrollo de esta previsión, el artículo 145 TRLCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone que *«Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna»*.

Asimismo, el artículo 84 del RGLCAP señala que:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

A la vista de los preceptos transcritos ninguna duda debe ofrecer que la proposición presentada por AURA ENERGÍA, S.L. ha sido rechazada correctamente toda vez que la oferta superaba el precio de licitación en varios apartados de su oferta, sin que pueda argumentarse en contra de esta afirmación, como hace la recurrente, error en los pliegos, pues, si a su juicio los pliegos incurrían en error debería haberlos recurrido en plazo. Por ello, al no ser impugnados en tiempo y forma, devinieron en actos firmes y consentidos. No es necesario recordar que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y los Pliegos de prescripciones técnicas, que las leyes sobre la contratación administrativa imponen en los contratos administrativos constituyen, de acuerdo



a reiteradísima jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la “ley del contrato”, lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

En cualquier caso, lo que está claro es que no hay controversia en el recurso en cuanto a la causa que motiva la exclusión de la oferta de la recurrente, limitándose ésta a efectuar su propio juicio de valor sobre cual debió ser la cuantía de los precios unitarios, sin tener en cuenta que dentro del clausulado de los pliegos se articulan formulas para incorporar a los mismos las variaciones que, en virtud de la normativa, se produzcan.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

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 **AURA ENERGÍA, S.L.** contra la Resolución de la Alcaldía nº 10635/2014, de 23 de diciembre, por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la citada empresa del procedimiento de adjudicación y se declara desierta la licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica para las instalaciones del Ayuntamiento de Vélez-Málaga de potencia superior a 10 KW” (Expte. SUM. 04.13) convocado por el citado Ayuntamiento.

SEGUNDO. 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

