

Recurso 189/2017**Resolución 219/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 26 de octubre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** contra la Resolución 222/2017, de 18 de julio de 2017, de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Grazalema por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro eléctrico de los edificios e instalaciones públicas del Ayuntamiento de Grazalema”, convocado por el Ayuntamiento de Grazalema (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 4 de abril de 2017, se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Grazalema el anuncio de licitación, por procedimiento negociado con publicidad, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.

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 Resolución 222/2017, de 18 de julio de 2017, de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Grazalema por la que se adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DE CÁDIZ, S.A. Dicha resolución de adjudicación fue remitida a la ahora recurrente mediante correo electrónico el mismo 18 de julio.

CUARTO. El 8 de agosto de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. contra la citada Resolución 222/2017, de 18 de julio de 2017, de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Grazalema.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, el 9 de agosto 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 de 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 y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Con fecha 11 de agosto de 2017 se recibe escrito del Ayuntamiento de Grazalema informando que, debido al periodo vacacional, no se encuentran en las dependencias de la entidad local ni el Secretario-Interventor ni personal funcionario habilitado que pueda preparar la copia autenticada del expediente de contratación para su remisión.



Por parte, de este Órgano se reiteró la petición el 16 de agosto de 2017, no dándose cumplimiento por el citado Ayuntamiento hasta el 21 de septiembre de 2017.

SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 11 de agosto de 2017, se solicita a GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente el 14 de agosto de 2017 a través de la Delegación del Gobierno en Galicia, teniendo entrada en este Tribunal el 16 de agosto.

SÉPTIMO. El 27 de septiembre 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 COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DE CÁDIZ, S.A.

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, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 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 Grazalema 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

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.

En este sentido, el artículo 40.1.a) del TRLCSP dispone que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que*



pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada”.

Por su parte, en lo que aquí interesa, conforme al artículo 15.1 del TRLCSP, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

En el supuesto examinado, el órgano de contratación en su informe al recurso solicita la inadmisión del mismo al entender que el contrato que se licita no está sujeto a regulación armonizada pues según manifiesta el valor estimado del contrato es de 89.936,16 euros, conforme se recoge en la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Respecto al cálculo del valor estimado de los contratos, en lo que aquí interesa, el artículo 88.1 del TRLCSP en su párrafo primero dispone que *“A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato”.*

Por su parte, en la cláusula 3 del PCAP se establece, en lo que aquí interesa, que el importe total es de 89.936,16 euros, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), que es el importe de facturación acaecido durante el año 2016, conforme se especifica en el anexo del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Sin embargo, en la cláusula 6 “plazo de ejecución” del citado PCAP se dispone que *“El plazo de ejecución del contrato será de UN (1) AÑO contado a partir del día*



siguiente al de la firma del contrato, pudiendo prorrogarse anualmente conforme a lo preceptuado por la normativa vigente y el asesoramiento técnico de la Agencia Provincial de la Energía.

La prórroga del contrato será expresa y solo podrá producirse por acuerdo mutuo de las partes y siempre que las características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas”. Así pues, el PCAP permite que el contrato pueda ser objeto de prórroga pero deja indefinido el número de ellas, pues dispone que podrá prorrogarse anualmente pero no concreta las veces que podrá hacerse. En este sentido, del propio tenor de la citada cláusula 6 se infiere que podrá prorrogarse por más de una vez cuando realiza afirmaciones como “pudiendo prorrogarse anualmente” o “durante el periodo de duración de éstas”.

En todo caso, en el expediente de contratación remitido a este Tribunal consta informe jurídico de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento de Grazalema, de 23 de marzo de 2017, que dispone en el último párrafo de su antecedente tercero “cuantificación y órgano competente” lo siguiente: *“Por tanto, a la vista del precio o cuantificación del contrato descrito, el órgano competente para efectuar la presente contratación y tramitar el expediente de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, será el Alcalde. No obstante en el caso de contratos de carácter plurianual cuando su duración sea superior a cuatro años el órgano competente será el Pleno de la Corporación Local”.*

Asimismo, consta en el expediente de contratación certificación de acuerdo plenario, de 30 de marzo de 2017, aprobando como órgano competente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y, entre otros acuerdos, facultando a la Alcaldía-Presidencia para que realice cuanto actos y dicte cuantas resoluciones sean necesarias en todo lo relacionado con el expediente de contratación.

Así pues, es inequívoca la voluntad del Ayuntamiento de Grazalema de que la duración del contrato, incluida las eventuales prórrogas, en principio, pueda ser superior a cuatro años.



En consecuencia, teniendo en cuenta lo anterior, el valor estimado del contrato sería de, al menos, 359.744,64 euros (un año de duración del contrato más tres eventuales prórrogas de un año cada una) y, por tanto, sujeto a regulación armonizada.

En definitiva, al ser el contrato que se licita un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y ser el objeto del recurso el acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de contratación, 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 la ahora recurrente mediante correo electrónico el 18 de julio de 2017, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso el 8 de agosto de 2017 en el Registro de este Tribunal, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

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

La recurrente interpone el presente recurso contra la Resolución del órgano de contratación, de 18 de julio de 2017, de adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se declare su anulación.



Por su parte, el órgano de contratación se opone a lo argumentado por la reclamante en los términos reflejados en el informe al recurso y que aquí se dan por reproducidos.

Funda su pretensión la recurrente en dos motivos que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

En el primer motivo del recurso, la recurrente denuncia que la única causa por la que no resultó adjudicataria su oferta fue no tener la calificación de empresa comercializadora Clase A (suministradoras del 100% de la energía renovable). No obstante, afirma que está en condiciones de certificar que el 100% de la energía a suministrar al Ayuntamiento de Grazalema será renovable que, a su juicio, es el requisito realmente relevante.

Al respecto, la cláusula 19 “criterios para la adjudicación del contrato y procedimiento de negociación” del PCAP, en su apartado 1, establece como criterios de adjudicación, además de la oferta económica, el siguiente: *“Valoración de las mejoras con un máximo de 10 puntos. Suministro de energía 100% renovable con certificado de garantía de origen: Se otorgará con 10 puntos al licitador que presente certificado de garantía de origen 100% renovable categorizándose como Comercilizadora de Clase A”*.

Así pues, conforme la dicción del citado criterio de adjudicación, se le otorgarán 10 puntos a las empresas licitadoras que presenten un certificado de garantía de origen de energía 100% renovable. Dicho certificado ha de aportarse por las entidades licitadoras en su oferta, de tal forma que la condición de comercializadora de Clase A -acreditada mediante el citado certificado- se posea a la fecha de presentación de ofertas. De tal forma que aquellas empresas que no acrediten estar en posición del mismo no podrán obtener dicha puntuación, aun cuando puedan comprometerse a certificar que el 100% de la energía a suministrar al Ayuntamiento será renovable, como pretende la recurrente, pues como se ha expuesto lo realmente relevante -lo que se valora-, es estar en



posición del certificado en el momento de presentación de las ofertas y aportarlo con su proposición, circunstancia que no pudo acreditar la recurrente como ella misma declara.

En consecuencia, procede desestimar este primer motivo del recurso.

SEXTO. En el segundo y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia que el criterio de adjudicación de valoración de las mejoras, expuesto en el fundamento anterior, es discriminatorio y desproporcionado por exigir a las entidades licitadoras la categorización de comercializadoras Clase A, esto es, que el 100% de la energía suministrada por ellas es de origen renovable.

Para argumentar lo anterior la recurrente en su recurso realiza una serie de alegatos para concluir que dicho criterio de adjudicación es excluyente y discriminatorio y adicionalmente no tiene ninguna vinculación con el objeto del contrato, manifestando mediante otrosí digo, que la celebración de la licitación no fue ajustada a derecho por incluir criterios de adjudicación discriminatorios en la valoración de las ofertas.

Pues bien, la cuestión que alega la recurrente es una impugnación indirecta de los pliegos con ocasión del recurso contra la adjudicación. Al respecto, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre y 45/2017, 2 de marzo, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 157/2016, de 6 de julio, cuyo criterio fue confirmado, entre otras, en la 45/2017, de 2 de marzo y en la



200/2017, de 6 de octubre, analizando circunstancias idénticas afirmó que «La cuestión que alega la recurrente -una impugnación indirecta de los pliegos con ocasión del recurso contra la adjudicación- ya ha sido abordada en numerosas ocasiones por este Tribunal. Así, valga de ejemplo nuestra Resolución 417/2015, de 10 de diciembre, donde invocando la Sentencia de 12 de marzo de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-538/13 Evigilo se concluye que “En definitiva, la citada sentencia declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y de los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente”.

En el presente supuesto, entiende este Tribunal que un licitador, como la ahora recurrente, razonablemente informado y normalmente diligente, debería haber comprendido los criterios de adjudicación que ahora cuestiona pues fue capaz de presentar oferta, pudiendo haber interpuesto un recurso contra los pliegos en el plazo previsto para ello si consideraba que algún criterio de adjudicación incurría en los vicios que ahora denuncia en el recurso contra la adjudicación.»

En el supuesto que se examina, conforme a la dicción literal del criterio de adjudicación de valoración de las mejoras establecido en la cláusula 19.1 del PCAP, que se reproduce en el fundamento de derecho anterior, la recurrente pudo comprender perfectamente dicho criterio, que exigía claramente la aportación de un certificado de garantía de origen de energía 100% renovable. Sin embargo, y pese a ello presentó oferta, sabiendo que su empresa no era una



comercializadora de Clase A y que no podía aportar dicho certificado de garantía de origen de energía 100% renovable, y por ello no obtendría la puntuación correspondiente a ese criterio.

En definitiva, entiende este Tribunal que la licitadora pudo haber interpuesto un recurso contra los pliegos en el plazo previsto para ello si consideraba que dicho criterio de adjudicación incurría en los vicios que ahora denuncia en el recurso contra la adjudicación.

De tal forma que al no haberlo hecho estamos ante actos consentidos sobre cuya validez nada puede decir este Tribunal, debiendo soportar la ahora recurrente su falta de impugnación en plazo. Por el contrario, si se estimara el recurso y se anulara, en su caso, la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación, que es lo que hace la recurrente en el supuesto examinado con ocasión del recurso contra la adjudicación y por el mero hecho de no haber resultado adjudicataria.

Procede, pues, la desestimación de este segundo y último de los motivos 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 **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** contra la Resolución 222/2017, de 18 de julio de 2017, de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Grazalema por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro eléctrico de los edificios e instalaciones públicas del Ayuntamiento



de Grazalema”, convocado por el Ayuntamiento de Grazalema (Cádiz).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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.

