



Recurso nº 210/2015 C.A. Illes Balears 18/2015

Resolución nº 271 /2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de marzo de 2015.

VISTA la reclamación interpuesta por D. J.S.T., en representación de CADAGUA, S.A. (en lo sucesivo CADAGUA o la recurrente), contra la adjudicación por la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental del contrato mixto de *“Redacción del proyecto constructivo, ejecución de las obras de remodelación y ampliación de la IDAM de Formentera, y del servicio de explotación, mantenimiento y conservación de la IDAM de Formentera y de sus instalaciones anexas”* (expediente EX/SE/14/34), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental (en adelante ABAQUA o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el Boletín Oficial de Illes Balears y en el BOE los días 27 de noviembre y 5 y 11 de diciembre de 2014, respectivamente, licitación para contratar, por el procedimiento abierto, la redacción del proyecto, la ejecución de las obras de remodelación y el servicio de explotación, mantenimiento y conservación de la instalación desaladora de agua de mar (IDAM) de Formentera. El valor estimado del contrato se cifra en 12.823.790,91 euros. A la licitación de referencia presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en lo sucesivo LCSE). De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de dicha ley, el contrato se califica como

contrato de servicios, al ser ésta la actividad principal contemplada en el mismo. Se clasifica con la referencia CPV 65122000-0 (Servicios de desalinización del agua), incluido por tanto en la categoría 27 (Otros servicios) del anexo II B de la LCSE.

Tercero. La cláusula 16.2 del pliego de bases de la licitación establece que:

***16.2.-**La adjudicación al licitador que presente la oferta más ventajosa no procederá cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no podrá ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. El órgano de contratación podrá estimar que las ofertas presentadas son proporcionadas o anormales, esto es, cuando la oferta que ofrezca un precio supere en más de 10 puntos porcentuales la baja media de las proposiciones aceptadas.*

En caso de una proposición considerada desproporcionada o anormal en este sentido el licitador podrá presentar las justificaciones según el artículo 152 de la LCSP.

Tras la apertura de las ofertas económicas, se apreció que estaba incurso en presunción de temeridad la oferta de la SOCIEDAD ANONIMA DEPURACION Y TRATAMIENTOS (en adelante SADYT o la adjudicataria) pues superaba en más de 10 puntos a la baja media de las cinco ofertas finalmente admitidas. Por ello, se acordó dar trámite de audiencia a SADYT para que justificara su oferta. Así lo hizo en el plazo establecido.

A la vista de la justificación, el informe técnico del Jefe de Área de Construcción y Gestión de Abastecimiento y Desaladoras concluye que: “SADYT, con las ofertas económicas y técnicas presentadas puede ejecutar adecuadamente el contrato”. De acuerdo con el informe, el 3 de febrero de 2015 la mesa de contratación propuso la adjudicación en favor de SADYT por un importe de 7.352.441 euros. El mismo día, el órgano de contratación acordó requerir a esa empresa para que presentara la documentación general exigida. La puntuación obtenida por la adjudicataria fue de 90,50 puntos (de los cuales, 25,50 corresponden a la valoración técnica). La

recurrente, clasificada en segundo lugar, obtuvo 84,15 puntos (de ellos, 28,50 en la puntuación técnica).

El 10 de febrero se solicitan aclaraciones adicionales a SADYT. Se le indica que en su oferta se prevé una potencia eléctrica contratada para algunos periodos horarios (60kW en los periodos P3, P4 y P5) que es inferior a la prevista en el periodo P2 (800kW), mientras que las normas sectoriales sobre tarifas de acceso a la red y cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad (Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre y Orden Circular 3/2014, de 2 de julio) se establece que: *“Las potencias contratadas en los diferentes períodos serán tales que la potencia contratada en un período tarifaria (P_{n+1}) sea siempre mayor o igual que la potencia contratada en el período tarifario anterior (P_n)”*.

Tras las aclaraciones presentadas y una nueva petición de explicaciones por parte de los servicios técnicos de ABAQUA, la adjudicataria manifiesta que *“la contratación de potencias... no tiene ni representa merma de los ahorros energéticos propuestos, por lo que su adecuación no implica modificación alguna de los parámetros de nuestra oferta...”*. Manifestaba también que la producción de agua potable es la indicada en su oferta técnica y que para esa producción la potencia contratada en los periodos P2 a P5 sería de 800kW, acorde con la legislación actual, y concluye que *“con la distribución de potencia contratada indicada... garantiza la producción total anual de agua producto de 660.000 m³ exigidos en el Pliego de Bases...”*. Manifiesta también que todo posible aumento de coste eléctrico respecto al estimado en la justificación de su oferta será a cargo de SADYT, sin modificación alguna de los precios de su proposición económica.

El 17 de febrero se emitió un nuevo informe técnico en el que se concluye que en los pliegos no se obligaba a los licitadores a proponer la tarifa eléctrica a contratar y sólo SADYT propuso una tarifa concreta en la que especificaba la distribución del término de potencia. Se indicaba también que tales aspectos (tarifa y distribución del término de potencia) no tienen incidencia en el precio del contrato, ya que el coste de energía se contempla como un coste variable asociado a la producción de agua, que no influye en el desarrollo económico del contrato ni causa perjuicio económico a ABAQUA.

Tras los trámites oportunos, el órgano de contratación acordó el 18 de febrero de 2015, conforme a la propuesta de la mesa de contratación, la adjudicación en favor de SADYT. La adjudicación se publicó en el perfil del contratante el 19 de febrero y se notificó en la misma fecha a todos los licitadores.

Cuarto. El 3 de marzo de 2015 se presenta en el registro de este Tribunal reclamación de CADAGUA en la que solicita que se anule la adjudicación por entender que:

- En la oferta de SADYT, se reflejó una distribución de la potencia contratada que *“incumple la legalidad..., y también incumple el propio Pliego por lo que debe ser inadmitida”*.
- En respuesta a las aclaraciones solicitadas, SADYT modificó su oferta. En su proposición, aunque no fuera obligatorio, *“propone una tarifa concreta especificando la distribución del término de potencia que le vincula y que forma parte de la oferta, y cuya modificación tiene la consideración de modificación de la oferta”*. Tras las aclaraciones solicitadas, el cambio de la potencia contratada, *“no responde a un error meramente material o formal, sino al interés de modificar el contenido material de la oferta al objeto de que la misma cumpliera con la legalidad y con el propio Pliego y así ser la adjudicataria del contrato”*.

Quinto. El 10 de marzo de 2015 se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. Sostiene éste que:

- En los pliegos *“no se hace ninguna referencia a la exigencia a los licitadores de plasmar en sus ofertas la tarifa eléctrica a contratar durante el período de explotación de la planta desaladora ni de la distribución del término de potencia de la misma”*. Tal información *“no ha podido ser objeto de valoración... ya que no se incluye en los criterios de adjudicación previstos...”*, ni se tuvo en cuenta en el informe de valoración de las ofertas técnicas. Se trata de una información adicional que aporta el licitador, sin incidencia alguna en el procedimiento de contratación. Por lo demás, CADAGUA no prueba ni acredita qué concretos aspectos o cláusulas de los pliegos entiende que han sido *“incumplidos”*.



- Las aclaraciones de SADYT sobre los términos de contratación de la potencia eléctrica *“no suponen estrictamente una modificación de la oferta inicial de SADYT en la medida en que esos aspectos... no desvirtúan ni mejoran la oferta porque esos datos no han tenido incidencia ni económica ni técnica a los efectos del contrato para el órgano de contratación, sin perjuicio que sí pueda tener efectos para el contratista”*. El coste de la energía *“corre a cargo del contratista, que se verá totalmente determinado por las eventuales fluctuaciones del mercado libre del sector eléctrico. Por ello, esa información relativa a los términos de la tarifa eléctrica a contratar para la explotación de la desaladora durante un plazo de 13 años, resulta ser una «estimación» de la potencia a contratar... El traslado de ese riesgo al contratista unido a la larga duración del plazo de ejecución del contrato de explotación determinan la irrelevancia de esos datos para el órgano de contratación”*.

Sexto. Por la Secretaría del Tribunal, el 11 de marzo de 2015, se procedió a notificar la interposición de la reclamación a todos los licitadores para que pudieran formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por SADYT.

Séptimo. El 16 de marzo de 2015 este Tribunal acordó levantar la suspensión derivada de la interposición de la reclamación, producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna la adjudicación de un contrato de servicios de los contemplados en el anexo II B de la LCSE. El artículo 15 de dicha norma, relativo al régimen jurídico de los contratos de servicios, dispone en su apartado 2, que: *“La adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II B estará sometida únicamente a lo dispuesto en los artículos 34 y 67”*.

Por tanto, en la medida en que el contrato cuya adjudicación se impugna se clasifica en el Anexo II B de la LCSE, las actuaciones relativas al mismo se rigen por dicho texto legal sólo en lo referente a los artículos 34 (Prescripciones técnicas) y 67 (Anuncios de contratos adjudicados).



La impugnación de la empresa que recurre se fundamente en aspectos que nada tienen que ver con los preceptos mencionados y ya hemos manifestado en numerosas resoluciones -como referencia, en la número 556/2014, de 18 de julio- que, en los contrato del anexo II B, las reclamaciones que se formulen sobre actuaciones no relacionadas con los supuestos de los artículos citados, quedan excluidas del régimen procedimental establecido en el Título VII de la LCSE, por lo que éste Tribunal no es competente para conocer del recurso interpuesto.

Segundo. Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de conformidad con el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede remitir el citado escrito de reclamación al órgano de contratación al objeto de que determine si se admite su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir la reclamación interpuesta por D. J.S.T., en representación de CADAGUA, S.A., contra la adjudicación por la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental del contrato mixto de *“Redacción del proyecto constructivo, ejecución de las obras de remodelación y ampliación de la IDAM de Formentera, y del servicio de explotación, mantenimiento y conservación de la IDAM de Formentera y de sus instalaciones anexas”*, por no ser de la competencia de este Tribunal la resolución de la misma.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.