



Recurso nº 126/2021

Resolución nº 558/2021

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

En Madrid, a 14 de mayo de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.H.A. en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS contra los pliegos de la licitación del *“Acuerdo Marco servicios energéticos de climatización del Aeródromo Militar de León del Ejército del Aire*, con expediente n.º 4049820000400, convocada por la Junta de Contratación del Ejército del Aire, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa se convocó mediante anuncio publicado el 31 de diciembre de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 4 de enero de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea y, el 22 de enero de 2021 en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de licitación y los pliegos para la adjudicación, del con un valor estimado de 6.611.570,25 euros.

Segundo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tercero. Contra los pliegos rectores del procedimiento, el representante de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS



ENERGÉTICOS (en adelante, AMI) interpone en fecha 22 de enero de 2021 el presente recurso especial en materia de contratación, solicitando se declare la revisión de los mismos de acuerdo con los argumentos y motivos alegados.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 26 de enero de 2021.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 12 de febrero de 2021, se acuerda por la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación de este, la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCPS, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la LCSP, por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante, LCSPDS), así como por el RPERMC

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP, el artículo 59.2 de la LCSPDS y el artículo 1. b) del RPERMC.

Tercero. Tratándose de un acuerdo marco de servicios sujeto a regulación armonizada, los pliegos rectores de la licitación son susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con los artículos 59 de la LCSPDS, y apartados 1 y 4, y 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Quinto. La entidad recurrente ostenta legitimación, conforme al artículo 48 de la LCSP, que establece que:



“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

La recurrente es una asociación cuyo sector profesional puede considerarse ligado al objeto del presente acuerdo marco y, en consecuencia, la recurrente está legitimada como organización empresarial sectorial representativa de intereses afectados por la licitación que nos ocupa.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, pasamos a analizar los motivos de impugnación, que se agrupan de la siguiente manera:

- 1.- Incumplimiento de las prescripciones establecidas en el artículo 100.2 LCSP, por falta de desglose del presupuesto base de licitación, con vulneración del principio de transparencia con grave perjuicio a los licitadores.
- 2.- Desconocimiento del criterio del órgano de contratación para establecer un plazo de duración del contrato de 10 años.
- 3.- Impugnación de la cláusula 46 PCAP, que excluye la revisión de precios, al entender que, *“(…) si bien somos conscientes de que la revisión de precios no es obligatoria, tenemos que hacer mención a que no prever en un contrato a diez (10) años una revisión (al alza o a la baja) del precio de la energía, puede suponer un enriquecimiento ilícito de las partes del contrato, tanto de la Administración en caso de subidas (incluida la parte regulada) como de propio adjudicatario en caso de bajada”.*



4.- Considera la recurrente –tras precisar que el acuerdo marco contempla la adjudicación de los contratos basados no requerirá la celebración de licitación– que “(...) los PLIEGOS no recogen la totalidad de términos y/o condiciones a aplicar dado que a través de los mismos no se ha facilitado la totalidad de información que los mismos deben recoger (desglose económico, inventario de instalaciones a mantener, datos de consumos por edificio, etc.); cuestiones todas ellas de trascendental importancia para la conformación del ACUERDO. Pero es que como antes dijimos, tampoco se ha justificado la duración del ACUERDO MARCO, el por qué diez (10) años y no menos. (...)”.

5.- Impugnación de la cláusula 2 “Objeto del contrato y ámbito subjetivo” del PCAP, afirmando al respecto la recurrente que:

“Por remisión, yendo al ANEXO I PPT (INVENTARIO Y TIPOLOGÍA DE EDIFICIOS E INSTALACIONES DEL CONTRATO), del PPT, se relacionan los edificios e instalaciones existentes y que son objeto del contrato.

De la información referida se observa, tal y como ha habido ocasión de adelantar que, pese a estarse ante un ACUERDO MARCO que debería de recoger la totalidad de información obligacional para el finalmente adjudicatario de la licitación, así como de la totalidad de información en orden a conformar las ofertas, ni a través de los PLIEGOS, ni de la MEMORIA, ni de ningún otro documento facilitado por el Órgano de Contratación, se proporciona inventario detallado de las instalaciones, siendo el licitador el que deba de visitar los más de cien (100) edificios/instalaciones sobre los que se proyecta el contrato, para presentar la oferta.

No hay detalle alguno, a lo que se une que la fecha de presentación de ofertas queda fijada para el 15 de febrero próximo, y que las fechas de visita para la totalidad de los edificios/instalaciones según se tiene conocimiento por esta Patronal, quedará fijada para los días 8, 9 o 12 (viernes) de febrero. Ello, esto es, u n espacio de tiempo tan breve, imposibilita presentar una oferta en debida forma, favoreciendo con ello al actualmente prestador del servicio, frente al resto de interesados; pues al no facilitarse información, y al permitirse sólo la visita en un día, es inviable concluir el estado de los edificios/instalaciones en orden a conocer su estado y necesidades en orden a realizar la oferta. (...)”. “Conforma a lo expuesto, procedería acogerse este QUINTO MOTIVO de



denuncia, y facilitarse por el Órgano de Contratación el inventario detallado de los edificios/instalaciones en los que han de acometerse las actuaciones objeto del Contrato, con ampliación del plazo para visitas a los mismos”.

6.- En el Fundamento de Derecho Séptimo, también denuncia que, exigiendo la cláusula 15 PCAP que la proposición económica desglose los costes de las distintas prestaciones incluidas en la oferta y, siendo el suministro energético una prestación englobada en la prestación P1 *“(…) no se han proporcionado datos de los consumos por edificios/instalaciones, sino el global de toda la base aérea. Ello imposibilita conocer el consumo de los edificios/instalaciones, con lo que no es posible elaborar la oferta tal y como se exige a través del PCAP (CLÁUSULA 16 MODELO DE LAS PROPOSICIONES)”*, lo que supone una infracción de los principios rectores de la contratación pública, así como la infracción del artículo 126 LCSP.

7.- Impugna que la oferta económica deba realizarse con un desglose por edificios/instalaciones.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, sostiene la conformidad a derecho de los pliegos rectores del procedimiento.

Séptimo. Comenzando por el incumplimiento del artículo 100.2 LCSP como primer motivo de impugnación, el órgano de contratación justifica la falta de desglose afirmando que:

“Se ha de tener en consideración que en este expediente de contratación, la Junta de Contratación del Ejército del Aire (JUCONEA) no aporta una solución técnica específica a la necesidad de transformación y mantenimiento de servicios energéticos en el Aeródromo Militar de León, sino que serán los licitadores los encargados de aportar las posibles soluciones técnicas para dicha prestación integral, por lo que la presupuestación realizada por el Ejército del Aire, se basa en unos límites máximos presupuestarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 100.1. De la LCSP. Se establecen unos límites económicos máximos, pero dependiendo de la solución técnica aportada por cada licitador, existirán diferentes partidas de desglose de costes en función de la solución técnica y económica aportada.



(...) los importes establecidos en las cláusulas 7 'Presupuesto' del PCAP son unos máximos, dotando de flexibilidad a los licitadores para realizar sus propuestas económicas sin limitaciones por conceptos. Por ello este órgano de contratación no puede aportar el desglose por conceptos del presupuesto máximo, ya que no se presupuesta una solución técnica y económica específica, si este hubiera sido el caso se hubiera acudido a un procedimiento abierto y no negociado. (...)”

Pues bien, este Tribunal comparte el razonamiento del órgano de contratación, que manifiesta lo siguiente:

“Se ha de tener en consideración que en este expediente de contratación, la Junta de Contratación del Ejército del Aire (JUCONEA) no aporta una solución técnica específica a la necesidad de transformación y mantenimiento de servicios energéticos en el Aeródromo Militar de León, sino que serán los licitadores los encargados de aportar las posibles soluciones técnicas para dicha prestación integral, por lo que la presupuestación realizada por el Ejército del Aire, se basa en unos límites máximos presupuestarios de acuerdo con lo establecido en el Art.100.1 de la LCSP. Se establecen unos límites económicos máximos, pero dependiendo de la solución técnica aportada por cada licitador, existirán diferentes partidas de desglose de costes en función de la solución técnica y económica aportada.

Este órgano de contratación, a través de este procedimiento negociado con publicidad, trata de obtener una solución técnica idónea de acuerdo con los requisitos de eficiencia energética establecidos en los pliegos, pero sin establecer una solución técnica, por lo que los importes establecidos en la cláusula 7 'Presupuesto' del PCAP son unos máximos, dotando de flexibilidad a los licitadores para realizar sus propuestas económicas sin limitaciones por conceptos. Por ello este órgano de contratación no puede aportar el desglose por conceptos del presupuesto máximo, ya que no se presupuesta una solución técnica y económica específica, si este hubiera sido el caso se hubiera acudido a un procedimiento abierto y no negociado.

Esta Junta no considera que se vulnere el principio de transparencia, ya que todos los licitadores disponen de la misma información, la facilitada en los pliegos y en la



información adicional disponible en la plataforma de contratación del sector público (PLACSP)”.

Efectivamente. Estamos en presencia de un procedimiento negociado con publicidad, y son los licitadores los que tienen que ofrecer una solución específica, ante las varias posibles existentes. Cada solución elegida tendrá diferentes costes, por lo que se justifica que el órgano de contratación no haya hecho el desglose de una solución técnica concreta.

Octavo. En segundo lugar, impugna la asociación recurrente el desconocimiento del criterio para establecer un plazo de 10 años de duración del contrato, desconociéndose las inversiones que han de acometerse.

Al igual que se ha manifestado en el motivo anterior, se pretende con este contrato conseguir unos ahorros energéticos y unas mejoras medioambientales, pero no se establece una solución concreta, entre las varias posibles, con unas inversiones específicas, por lo que las inversiones y, por tanto, su periodo de recuperación, dependerán de las soluciones que ofrezcan los distintos licitadores.

El órgano de contratación ha tenido en cuenta para fijar el plazo de 10 años, el antecedente cuarto de la recomendación 43/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Se desestima este motivo de recurso.

Noveno. A continuación analizamos la impugnación de la cláusula 46 sobre revisión de precios. Afirmar la asociación recurrente que no prever en un contrato a 10 años la revisión, al alza o a la baja, de la energía, puede suponer un enriquecimiento ilícito de las partes.

A tal efecto, debemos recordar que establecer o no la revisión de precios constituye una facultad del órgano de contratación, así como la fórmula aplicable, tal y como establece el artículo 103.3 LCSP.



En relación con el suministro de la energía, la oferta económica a realizar debe basarse en *“precios de referencia del mercado, publicados por organismos o entidades que puedan ser referencias para la aplicación de precios variables anuales para cada contrato basado que se formalice”* (cláusula 15 del PCAP).

Por tanto, el precio de esta prestación no es fijo e invariable, sino que cada contrato basado se adjudicará por un precio anual en base al precio de referencia publicado y ofertado.

Procede, pues, desestimar este motivo de recurso.

Décimo. En el Fundamento de Derecho Quinto, la recurrente afirma que los pliegos no recogen la totalidad de los términos y/o condiciones a aplicar, refiriéndose únicamente a la falta de desglose económico, inventario de instalaciones a mantener y datos de consumos por edificio, además de la falta de justificación del plazo de duración. Alega que lo anterior supone una situación abusiva y restrictiva de la competencia, en favor de las empresas que prestan actualmente el servicio.

En el Fundamento de Derecho Séptimo también denuncia que, exigiendo la cláusula 15 PCAP que la proposición económica desglose los costes de las distintas prestaciones incluidas en la oferta y, siendo el suministro energético una prestación englobada en la prestación P1 *“(…) no se han proporcionado datos de los consumos por edificios/instalaciones, sino el global de toda la base aérea. Ello imposibilita conocer el consumo de los edificios/instalaciones, con lo que no es posible elaborar la oferta tal y como se exige a través del PCAP (CLÁUSULA 16 MODELO DE LAS PROPOSICIONES)”*, lo que supone una infracción de los principios rectores de la contratación pública, así como la infracción del artículo 126 LCSP.

Este apartado del recurso reitera algunos de los motivos ya desestimados en fundamentos de derecho precedentes, principalmente porque el presente contrato no establece una solución técnica concreta, sino que lo deja a la elección de los licitadores.

El órgano de contratación informa lo siguiente:



“Además es importante recalcar que en el PPT existe información en cuanto a los equipos actualmente existentes en las instalaciones del Aeródromo Militar de León, así como de los **consumos** de energía en dichas instalaciones. Por otro lado, con fecha 22 de enero de 2021, se ha publicado en la plataforma de contratación una relación de los **equipos de calderas** existentes en dichas instalaciones, a petición de información adicional por parte de un operador económico a través de la plataforma.

Un aspecto importante a tener en consideración, y obligatorio para todos los licitadores que deseen presentar solicitud de participación en este expediente, es la **visita** de las instalaciones, en la que además de la información facilitada en el proceso de licitación, podrán y deberán ver el estado de dichas instalaciones.

Por último, queremos indicar que **este expediente es nuevo**, no existiendo actualmente ningún expediente de servicios energéticos que incluya todas las prestaciones incluidas en esta nueva licitación. Actualmente, cada suministro de energía se realiza a través de los distintos contratos y acuerdos marco existentes para el suministro de las diferentes energías, y el mantenimiento de los sistemas actuales de climatización a través de diversas contrataciones independientes, por lo que no se considera que exista una situación abusiva, ni restricción de la competencia, ya que se han facilitado todos los datos disponibles, añadiéndose aquellos solicitados por los interesados como información adicional, y no existiendo ninguna empresa que esté realizando todas las prestaciones incluidas en este nuevo expediente”.

(...)

La nueva prestación objeto de este expediente no está siendo realizada por ninguna empresa que disponga de toda la información de las distintas prestaciones actualmente contratadas, como ya se ha explicado, **se ha facilitado toda la información disponible sobre las instalaciones y los consumos de energía actuales**. El objetivo de esta licitación es la renovación de instalaciones con un mantenimiento integral, y con el suministro de la energía necesaria para su correcto funcionamiento, con los objetivos de temperaturas establecidos en los pliegos, por lo que todos los licitadores deberán realizar una oferta con un proyecto nuevo de mejora energética para el Aeródromo Militar de



León, no existiendo actualmente ningún operador económico con información privilegiada respecto a cuál es la solución técnico económicamente óptima.

*Por último, hay que recordar que este procedimiento de licitación es con negociación y publicidad, por lo que tal y como se establece en la cláusula 15 del PCAP “Contenido de las proposiciones”, los licitadores **presentarán exclusivamente su solicitud de participación**, con el sobre Nº1 de documentación de carácter general, y no la oferta la cual será solicitada por el órgano de contratación a aquellos licitadores admitidos a licitación, estableciéndose un nuevo plazo para su presentación”.*

El motivo debe ser desestimado.

Undécimo. Finalmente, la empresa recurrente deduce que la oferta económica debe desglosarse por edificios/instalaciones.

El órgano de contratación niega que esto sea así. Considera que el desglose que se exige en la cláusula 15 del PCAP es de los diferentes conceptos de coste, pero no por edificios.

Analizada la cláusula por el Tribunal, no aprecia que se exija un desglose por edificios o instalaciones, por lo que se desestima también este motivo de recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.M.H.A. en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS contra los pliegos de la licitación del “Acuerdo Marco servicios energéticos de climatización del Aeródromo Militar de León del Ejército del Aire, con expediente n.º 4049820000400, convocada por la Junta de Contratación del Ejército del Aire.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.