



Recurso nº 1238/2020 C.A. de las Islas Baleares 101/2020

Resolución nº 92/2021

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. C.S.R., en representación de OPEN ENERGY 2012, S.L. contra la Resolución de adjudicación de 2 de octubre de 2020 de la licitación convocada por la Consejería de Transición Energética y Sectores Productivos la Comunidad Autónoma de las de las Islas Baleares del contrato mixto de *“suministro de un sistema de gestión energética y prestación de un servicio de validación de facturas (Nº 2020/2600)”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 9 de junio de 2020 el órgano de contratación acordó iniciar el expediente de contratación relativo al contrato mixto de suministro de un sistema de gestión energética y prestación de un servicio de validación de facturas (Nº 2020/2600), mediante procedimiento de adjudicación abierto y tramitación ordinaria.

Segundo. El 10 de julio de 2020, previa fiscalización por parte de la Intervención, el órgano de contratación resolvió aprobar el expediente, los pliegos y el gasto máximo por un importe de 147.812,31 euros, añadiendo el IVA que asciende a 31.040, 58 euros, totalizando la cantidad de 178.852,89 euros. El gasto se distribuyó entre las anualidades correspondientes a 2020-2023.

El 13 de julio de 2020 se publican en el perfil de contratante el anuncio de licitación y los pliegos. El 14 de julio de 2020 se publicó el anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea. No consta que los pliegos hayan sido impugnados.



Tercero. Finalizando el plazo para presentar ofertas, acudieron a la licitación las siguientes empresas:

- LETTER INGENIEROS S.L.
- OPEN ENERGY 2012 S.L.
- RSM GASSO CIMNE ENERGY S.L.

El 31 de julio de 2020 se reunió la Mesa de Contratación para la apertura de la oferta económica y la oferta técnicamente evaluable mediante fórmulas. La oferta del licitador mejor valorado estaba inicialmente incurso en temeridad, de modo que se aplazó la valoración y la propuesta de adjudicación hasta el momento en que se llevó a cabo la evaluación de la documentación presentada por el licitador, previa audiencia de éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.4 LCSP.

El 3 de septiembre de 2020 el técnico del servicio promotor informó favorablemente a la aceptación de la oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

Cuarto. El día 9 de septiembre de 2020, el Presidente de la Mesa requirió al licitador mejor valorado para que presentase la documentación necesaria para la adjudicación del contrato. El 17 de septiembre de 2020 tiene entrada en la Plataforma de Contratación del Sector Público la documentación requerida, resultando la misma correcta.

Quinto. El órgano de contratación dicta resolución de adjudicación del contrato mixto de suministro de un sistema de gestión energética y prestación de un servicio de validación de facturas, a la empresa RSM GASSO CIMNE ENERGY S.L., por los precios unitarios indicados en su oferta. La resolución de adjudicación del contrato se publica en el perfil de contratante y se notifica el día 2 de octubre, finalizando el plazo para interponer recurso el día 26 de octubre de 2020. El 27 de octubre, al no haber tenido conocimiento de la presentación del recurso por parte del recurrente, se formaliza el contrato con el adjudicatario.

Sexto. El recurrente informa el 6 de noviembre de la presentación del recurso contra la resolución de adjudicación del contrato, adjuntando el justificante de la presentación del



recurso. El 9 de noviembre el órgano de contratación acuerda la suspensión de la ejecución de la resolución de adjudicación.

Séptimo. En la tramitación del 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 aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Octavo. En el recurso la parte recurrente indica que impugna la resolución de adjudicación, pero también de forma indirecta, de acuerdo con lo que establece el Fundamento de Derecho V del mismo, impugna los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

El recurso explica que la interpretación realizada en relación a los Pliegos por el órgano de contratación no ha podido ser prevista, razón por la que la impugnación (indirecta) se efectúa ahora, en sede de impugnación de la resolución de adjudicación (aplicando la teoría de la actio nata).

Además, señala que la normativa infringida, según el recurrente, es múltiple:

- El art. 1.1 de la LCSP *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de [...] la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*
- El art. 145 LCSP, relativo a los *“Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato”*: *“1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148. 2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos”.*



- El art. 148, relativo a la *“Definición y cálculo del ciclo de vida”*: *“1. A los efectos de esta Ley se entenderán comprendidos dentro del «ciclo de vida» de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización. 2. El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá, según el caso, la totalidad o una parte de los costes siguientes en que se hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra: a) Los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como: 1.º Los costes relativos a la adquisición. 2.º Los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos”*.
- El art. 150, bajo la rúbrica *“Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato”*: *“1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación. Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo”*.

Declara que la prelación discordante entre lo que han denominado el valor ponderado del Contrato, por un lado, y el coste estimado deriva de un error, o de una interpretación errónea, de los Pliegos, pues considera que no es posible, si se ha operado con magnitudes equiparables y susceptibles de comparación, que quien parece ofrecer la mejor oferta ponderada, sea a la vez quien dé una oferta cuyos costes estimados son extraordinariamente más elevados que sus competidores.

Concluye afirmando que se ha de revocar la adjudicación, bien por razón de la constatación del error presente en los Pliegos, o bien por advertirse una interpretación prohibida de los



mismos, ya que la revocación llevará consigo la repetición del procedimiento de contratación desde la publicación de los Pliegos o la directa adjudicación en favor del recurrente, por ser la entidad que ha presentado la oferta más ventajosa económicamente y con mejor correspondencia de calidad-precio.

Noveno. En fecha 25 de noviembre de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 1 de diciembre de 2020 se presentan alegaciones por la entidad RSM GASSO CIMNE ENERGY, S.L.

En su escrito de alegaciones hace constar, en primer lugar, que no es posible presentar en este momento procedimental un recurso a los pliegos por extemporáneo, tal y como se deduce de la Resolución nº 960/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 14 de agosto de 2019 y las sentencias STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015: *“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial”. En este caso por analogía y por lo que respecta a la LCSP correspondería al artículo 50 del actual texto normativa que dice: “Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos...”* Estableciendo que *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho...”*.

Por otro lado, la cita de la cuestión prejudicial realizada por la recurrente se considera que no es relevante, porque los criterios de valoración automáticos están perfectamente



definidos en los pliegos y la aplicación de estos se ha hecho de forma directa y atendiendo a lo que figuraba en dichos pliegos.

En segundo lugar, tampoco concurre el error matemático aducido y la aplicación de las fórmulas para el cálculo de la adjudicación ha sido exactamente la que se definía en los pliegos administrativos.

Según indica en sus alegaciones, el importe que ha servido de base al contrato, de acuerdo con el mismo pliego de prescripciones técnicas y el pliego de cláusulas administrativas se trata de una cantidad aproximada. Los pliegos prevén el pago del servicio de forma mensual y en base a cada servicio realmente ejecutado y que esto es así porque el órgano de contratación desconoce, en el momento de iniciar la licitación, el número de servicios que se van a realizar sobre cada precio unitario cada mes.

Afirma que en ningún caso se ha vulnerado el artículo 145 LCSP en la licitación dado que los criterios de adjudicación incluyen criterios cualitativos y todos los criterios son de valoración mediante la mera aplicación de fórmulas, es decir, criterios matemáticos que están especificados y definidos en los pliegos que rigen la licitación. Tampoco se puede considerar vulnerado el artículo 148 LCSP dado que el ciclo de vida de una aplicación informática es el de la duración del contrato. También se ha cumplido el artículo 150 LCSP porque se incluye una valoración y una tabla con las puntuaciones.

Todo lo expuesto debe llevar a su juicio a la desestimación del recurso presentado por la empresa OPEN ENERGY2012, S.L. por extemporáneo, dado que se está recurriendo el pliego de cláusulas administrativas cosa que ya se ha expuesto que debe realizarse dentro de los siguientes quince días des de la fecha de la publicación de estos.

Décimo. Ha emitido informe el órgano de contratación en relación al recurso, analizando las alegaciones realizadas por la recurrente y solicitando la desestimación del mismo.

Undécimo. El procedimiento de adjudicación se encuentra suspendido automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La normativa aplicable viene constituida por la 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), así como 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).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del recurso especial de contratación interpuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Tercero. El recurso especial ha sido interpuesto contra la Resolución de adjudicación y contra los pliegos, de forma meramente indirecta. En efecto, indica el recurrente que de forma principal se impugna la Resolución de la adjudicación y, de forma indirecta los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, donde una determinada interpretación invalidante de dichos Pliegos, conducen a la invalidez de la Resolución de adjudicación.

Se ha de dilucidar, en primer lugar, si resulta posible, en este momento, la impugnación de los pliegos, siquiera de forma indirecta, al hilo de la impugnación de la resolución de adjudicación del contrato de referencia.

Es doctrina reiterada del Tribunal la que establece que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende de los artículos 122.4 (*“Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos”*) y 139.1 de la LCSP (*“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que*



rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”).

Asimismo, este Tribunal ha admitido la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores, atendiendo al análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados. Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015 (Rec. 301/2014) y, especialmente, en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016 (Rec. 4274/2015) en que se razona que *“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego-es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”*



Ello también ha sido acogido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como pone de manifiesto, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar *“a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”*.

En este sentido, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un *“licitador razonablemente informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”*.

En el presente caso, no se hace expresa invocación de una nulidad de pleno derecho referida a una cláusula en concreto, sino a una interpretación ilegal realizada por el órgano de contratación. Ha de determinarse, por tanto, si el licitador recurrente en cuestión pudo comprender las condiciones de la licitación, determinantes en su caso de la adjudicación.

Si observamos el apartado *“presupuesto de licitación”*, en éste ya se señalaba como objeto de valoración una serie de precios unitarios. El pliego define los criterios a aplicar a la licitación y la ponderación de cada precio unitario, en el cuadro de criterios de adjudicación del contrato, incluyendo una ponderación de precios unitarios. Se incluyen diversos criterios de adjudicación, tales como plataforma de observación, cálculo de potencia de baterías, etc. Estos criterios son objeto de valoración mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas, que el licitador recurrente podía conocer y predecir ya al tiempo de la publicación de los pliegos para poder formular su oferta. En consecuencia, no resulta de

aplicación la doctrina que permite la impugnación de los pliegos al hilo de la impugnación de un acto en aplicación del mismo, con base en la cuestión prejudicial que cita la parte recurrente, por cuanto que los pliegos fijaban ya los elementos que iban a ser determinantes de la adjudicación, con aplicación de fórmulas objetivas, colocando a todos los licitadores en igualdad de condiciones a tales efectos.

Cuarto. En segundo lugar, en lo que hace a la impugnación de la resolución de adjudicación, objeto del recurso, asiste la razón al órgano de contratación y al licitador adjudicatario RSM GASSO CIMNE ENERGY SL, en su escrito de alegaciones, pues el recurrente no ha acreditado que el órgano de contratación se haya apartado de las previsiones contenidas en el pliego en relación a la valoración de los criterios de adjudicación.

En este marco, ha de traerse a colación la previsión contenida en el apartado T del Pliego de Cláusulas Administrativas, que señala, por referencia al artículo 204 LCSP:

“En el momento de la redacción de los pliegos no se dispone de un inventario actualizado y estricto de algunos tipos de suministros, por ejemplo de los contadores de submetering. Por otro lado, no se tiene la certeza si las instalaciones fotovoltaicas podrán incorporarse o no a la aplicación. Finalmente, tampoco se puede determinar con exactitud la futura evolución del número de suministros para los que se realizará la prestación en el futuro. Por tanto, el contrato se podrá modificar si se da alguna de las circunstancias anteriormente descritas. Alcance y límites de la modificación: 5% del presupuesto de adjudicación del contrato.”

El pliego contiene un cuadro de criterios de adjudicación del contrato, teniendo la oferta económica una ponderación de 80 puntos. Así, se indica en el Pliego que la oferta económica incluirá:

Precios unitarios anuales (ver observaciones) ofrecidos para la prestación objeto del contrato.

Comprenderá las prestaciones objeto del contrato para todos los suministros de cada tipo para los que se realice la prestación, en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones técnicas.

La puntuación máxima para este criterio será de 80 puntos.

La puntuación de cada oferta será la que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$PA_i = 80 \times (Of_{pond A \min} / Of_{pond A_i})$$

Donde:

- *PA_i, es la puntuación de la empresa “i” para cada criterio de adjudicación A.*
- *Of_{pond A_i}, es el valor ponderado de la oferta de la empresa “i” para el criterio de adjudicación A, en € y con dos decimales, calculado como el sumatorio de los productos de los precios unitarios anuales ofertados para cada tipo de suministro o instalación, por su respectivo porcentaje de valoración, según se detalla en la tabla de precios unitarios A que figura a continuación.*
- *Of_{pond A min}, es el valor ponderado de la oferta mínima para el criterio de adjudicación A, en €, entre todas las de las empresas licitadoras, calculado según se indica en el punto anterior.”*

En esencia, lo que aduce el recurrente es que existe una diferencia extraordinaria entre el valor ponderado y el coste estimado del contrato, siendo que el contrato, según afirma, se adjudica en base al valor ponderado, a pesar de que el coste estimado, a su juicio, se revela más correcto.

Como hemos visto, la fórmula matemática utilizada para determinar la puntuación de la oferta económica viene determinada por el “valor ponderado”, sin que entre en juego el coste estimado que propugna el recurrente. Por lo tanto, y en la medida en que no se ha acreditado por la recurrente que la adjudicación infrinja los criterios establecidos en los pliegos, ha de confirmarse la legalidad de la resolución recurrida y su adecuación a



aquéllos. Así se refleja en la tabla que figura en el documento de adjudicación, bajo la rúbrica “*Anexo de ofertas presentadas y valoraciones definitivas*”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C.S.R., en representación de OPEN ENERGY 2012, S.L. contra la Resolución de adjudicación de 2 de octubre de 2020 de la licitación convocada por la Consejería de Transición Energética y Sectores Productivos la Comunidad Autónoma de las de las Islas Baleares del contrato mixto de “*suministro de un sistema de gestión energética y prestación de un servicio de validación de facturas (Nº 2020/2600)*”, con confirmación del acto recurrido.

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 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 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. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.