

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de octubre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.S.V., en nombre y representación de Aura Energía, S.L. contra el Decreto de la Alcaldía 464/2016, del Ayuntamiento de Alpedrete, de fecha 11 de agosto, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de suministro de energía eléctrica, lotes 1, 2, 3, 4, expediente nº 1/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por Decreto de Alcaldía 236/2016, de 26 de abril de 2016, se aprobó el expediente de contratación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que regirán el contrato de suministro de energía eléctrica, del Ayuntamiento de Alpedrete, a adjudicar por procedimiento abierto, con un único criterio de adjudicación, al precio más bajo y dividido en lotes. El valor estimado del contrato asciende a 620.000 euros.

Segundo.- A efectos de la resolución del recurso cabe destacar del contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que en el punto 8 (Criterio de adjudicación) establece que *“La oferta será un precio fijo para toda la duración*

del contrato, expresado en céntimos de euro/kWh con precisión de cuatro decimales y estará referida exclusivamente a la modalidad de precio binómico, determinando en función del precio para la potencia contratada y del precio para los consumos en cada uno de los periodos determinados por la tarifa de acceso correspondiente, excluyéndose los costes regulados pertenecientes a los peajes de las tarifas de acceso, el termino de energía reactiva, y el término de excesos de potencia y el coste mensual de alquiler del equipo de medida que serán facturados en base a la normativa vigente.

Por tanto, la oferta incluirá el precio por potencia contratada y coste de la energía, el margen del comercializador, la garantía de potencia, las pérdidas de transporte y distribución, el complemento por moratoria nuclear y los demás gravámenes actualmente vigentes incluido el impuesto sobre la electricidad, a excepción del IVA que, en todo caso, se incluirá en la proposición como partida independiente”.

Al procedimiento concurren seis licitadoras, entre ellas la recurrente.

Tras los trámites procedentes, el 12 de agosto de 2016 se notifica la Resolución de la Alcaldía (Decreto 464/2016), de fecha 11 de agosto, de adjudicación de los lotes 1, 3 y 4 a favor de Iberdrola, S.A. y el lote 2 a favor de NINOBE, con la consiguiente desestimación de la oferta presentada por la empresa Aura Energía, S.L. al considerar que se modifica la oferta inicial por no incluirse ni peaje de acceso, ni impuesto eléctrico en el término de potencia y de energía en éste.

Tercero.- El 23 de agosto de 2016 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Alpedrete el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Aura Energía, S.L. en el que solicita que se acuerde “*anular la citada adjudicación, dictarse resolución por la que se acuerde retrotraer el procedimiento a la fase de valoración de ofertas y emitir un Informe con la valoración de cada una de las ofertas.*”

El 26 de agosto de 2016 el órgano de contratación dio traslado del recurso a este Tribunal y remitió el expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Iberdrola Clientes, S.A.U. que se limita a manifestar que *“siempre ha mantenido invariables los precios finales que figuraban en la proposición económica presentada el 17 de junio de 2016.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Aura Energía, S.L. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero.- El artículo 44.2 del TRLCSP establece que el recurso deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente aquel en que se remita la notificación del acto impugnado.

En el caso analizado, el Decreto de adjudicación del contrato y de exclusión, de la recurrente fue adoptado el 11 de agosto de 2016 y notificado a la recurrente el día siguiente. El recurso se ha interpuesto el 23 de agosto 2016, dentro del plazo

establecido en el art 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de la exclusión adoptado en el Decreto de adjudicación de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que basándose en el punto 8 (criterio de adjudicación) del PCAP *“presentó en el Sobre B la oferta económica inicial, tanto en el término de energía como en el potencia pero no incluyéndose el peaje de las tarifas de acceso así como ningún coste regulado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Debido a que el impuesto eléctrico es un porcentaje respecto al precio del término de energía y potencia, no puede considerarse una modificación del precio el incluirse la parte regulada (peajes) de estos términos ya que éste porcentaje es superior debido al incremento del precio total”*.

Según resulta del acta de la Mesa de contratación de 28 de julio de 2016, visto el informe emitido por el arquitecto municipal de fecha 20 de julio de 2016, se propone al órgano de contratación excluir a Aura Energía, SL por los siguientes motivos. *“En su oferta inicial no incluyeron el Impuesto Eléctrico en el término potencia de todos los lotes presentados (Indicaban 0 €). Al presentar su aclaración Incluyen los peajes en este término como se ha solicitado pero aumentan con el IE por lo que modifican la oferta inicial presentada.*

Igualmente realizan en el término energía.

Se propone su desestimación.”

Por su parte el órgano de contratación informa que *“fue requerida aclaración a la recurrente sobre si los precios ofertados -al haberse presentado la cifra 0 € en los términos de potencia de sus ofertas-incluía la parte de IE”* y *“posteriormente se les solicitó a todos los participantes segundas aclaraciones de tal modo que sin modificación de su oferta y tomando como referencia los peajes de acceso a baja y*

alta tensión en cada una de las tarifas que proporciona el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en su página web del IDEA, se presentara aclaración de cada uno de los precios ofertados incluyendo en los mismos y en todos y cada uno de ellos la parte del precio ofertado que se corresponde con estos peajes (kw y año en potencia y kw/h en energía, tal y como indica la mencionada página) y aclare por tanto el precio definitivo ofertado (En el caso de no incluir estos peajes).”

“Aura Energía en esta segunda aclaración presentó los peajes solicitados al término de potencia, pero modificó su oferta al incluir el IE a este término, por lo que no se correspondía con el precio inicial en el cual ya incluía el Impuesto eléctrico, lo cual no es admisible ya que el término peaje se encuentra regulado con un precio establecido, por lo que es sabido desde el inicio el impuesto eléctrico correspondiente, debiéndose por lo tanto haberse incluido en la oferta, o haberse asumido si esa era su intención en la oferta inicial al presentar 0 € al término potencia.”

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y también los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

De manera clara y precisa se establece en el punto 8 del PCAP que *“la oferta incluirá el precio por potencia contratada y coste de la energía, el margen del comercializador, la garantía de potencia, las pérdidas de transporte y distribución, el complemento por moratoria nuclear y los demás gravámenes actualmente vigentes incluido el impuesto sobre la electricidad, a excepción del IVA que, en todo caso, se*

incluirá en la proposición como partida independiente”, por lo que necesariamente debe entender que la oferta se ha hecho en tales términos.

En este caso, ante la duda del contenido real de la oferta cabe requerir aclaración en los términos del artículo 84 del RGLCAP, si bien una vez requerida la aclaración por el órgano de contratación para comprobar tal extremo y garantizar la concurrencia de los licitadores en condiciones de igualdad, en ningún caso la subsanación puede suponer una alteración de la proposición inicial. Así lo ha manifestado este Tribunal en numerosas ocasiones, como la Resolución 202/2015, de 2 de diciembre, con cita de la Resolución 72/2013, de 14 de mayo, relativa a un caso análogo, *“con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al Órgano de Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos queda clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición. Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente en la proposición económica, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien solicitar aclaraciones al licitador, habiendo señalado la junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 [JUR 2008, 342037] la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que ‘Determinada por la Mesa de contratación la*

proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado' (...)".

En el mismo sentido el TACRC en la Resolución 614/2013, de 13 de diciembre, señala que *"la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. "En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que "excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta". Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas."* De manera que la subsanación no puede servir de base para completar las omisiones esenciales cometidas por los licitadores de manera que suponga una nueva oferta.

En el presente caso, tal y como sostiene el órgano de contratación y comprueba este Tribunal, la aclaración ha supuesto la modificación de los términos de la oferta. Así, en el escrito de fecha 30 de junio remitido por AURA ENERGIA S.L en contestación a la segunda aclaración de los términos de su oferta indica que *"Los precios ofertados expresados en la oferta económica se presentaron sin peajes, con impuesto eléctrico y sin IVA. Y para una mayor aclaración incluimos cuadro con los precios de energía y potencias con peajes, con Impuesto eléctrico y sin IVA"* en la que se expresan importes unitarios para cada lote diferentes a los ofertados inicialmente. A modo de ejemplo se incluye comparativo de los precios ofertados para el lote 1, Tarifa 2.0 A.

OFERTA INICIAL		OFERTA ACLARACION	
Termino potencia €/KWh	0,0000	Termino potencia €/KWh	39,988471
Termino energía €/kW h	0,0787	Termino energía €/kW h	0,125004

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso interpuesto por don J.S.V., en nombre y representación de, AURA ENERGÍA, S.L. contra el Decreto de la Alcaldía 464/2016, del Ayuntamiento de Alpedrete, de fecha 11 de agosto, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de suministro de energía eléctrica, lotes 1, 2, 3, 4, expediente nº 1/2016.

Segundo.- 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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 20 de julio.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.