

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

En Madrid, a 16 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Galp Energía España S.A.U. (en adelante Galp), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos de fecha 10 de noviembre de 2022, por el que se considera retirada la oferta al lote 3 del contrato de “suministro de energía eléctrica y gas natural, en centros gestionados por el Ayuntamiento de Tres Cantos”, número de expediente 2021/07/CON, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Tres Cantos, alojado en la PCSP, ambos en fecha 15 de junio de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento negociado con publicidad con único criterio de adjudicación y negociación y dividido en 4 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 7.019.208,74 euros y su plazo de

duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Seguidos los trámites oportunos y alcanzando la clasificación de las ofertas en cada uno de los lotes, se procede a requerir a los primeros clasificados la documentación pertinente y previa a la adjudicación.

Llegado ese momento todos los licitadores retiran sus ofertas en base a un motivo, las circunstancias económicas han sufrido una gran variación desde el momento de la convocatoria de la licitación hasta el momento de la adjudicación que supone no poder mantener las ofertas inicialmente propuestas.

El órgano de contratación admite todas las retiradas de ofertas imponiendo a todas ellas la penalidad del 3% sobre el presupuesto base de licitación sin impuestos.

Se ha de destacar que la licitación se inició el 9 de julio de 2021 con la emisión de las invitaciones a participar en el procedimiento a los licitadores, otorgando 10 días hábiles para la presentación de la oferta.

Un año y medio después se requiere a la Galp la documentación que se recoge en los artículos 140 y 150.2 de la LCSP y el mantenimiento de su oferta.

No procediendo ésta a la presentación de la documentación requerida, en base a haber retirado su oferta en fecha 25 de marzo de 2022. Consecuencia de ello la Junta de Gobierno Local de 10 de noviembre de 2022 admite la propuesta de la mesa de contratación y acuerda:

“2.º EXIGIR a GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U con CIF A28559573, el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA. excluido, en concepto de penalidad. Todo de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP y por los fundamentos expuestos en el cuerpo jurídico del presente informe, y cuyo importe

asciende a 15.642,61 €.: Lote 3º: Base imponible 521.420,46 € (sin IVA) x 3 % = 15.642, 61 euros”.

Tercero.- El 13 de diciembre de 2022 se presentó ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Galp, en el que solicita la anulación de la penalidad impuesta del 3% sobre el presupuesto base de licitación (sin impuestos) en base a que han transcurrido más de dos meses de la formulación de la propuesta.

El 13 de marzo de 2023 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso formulado por Galp, así como el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitador, “cuyos derechos e intereses legítimos individuales o

colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 18 de noviembre de 2022, practicada la notificación el 23 de noviembre de 2022, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación el 13 de diciembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Procede examinar si el acto objeto del recurso es susceptible de recurso especial y, por ende, si este Tribunal es competente para su resolución. El artículo 50 de la LCSP no contempla específicamente, en ninguno de sus apartados, la incautación de la fianza como acto recurrible de forma específica. Siendo claro que no puede incardinarse en los supuestos de su apartado a) *“pliegos y demás documentos contractuales”* o c) *“adjudicación”*, cabría plantear si se trata de un acto de trámite de los recogidos en su letra b) *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 284/2013, de 27 de junio, y 325/2015, de 17 de abril de 2015, y así mismo el TACPCM en sus Resoluciones 6/2015, de 14 de enero, y 286/2017, de 11 de octubre o 151/2022, de 21 de abril, han considerado que este acto produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, por lo que debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, al tratarse de un contrato de suministros de cuantía superior a 100.000 euros

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se limita a determinar si corresponde la imposición de la penalidad impuesta a Galp por considerar retirada su oferta a los efectos determinados en el artículo 150.2.

El recurrente manifiesta que, con fecha 25 de marzo de 2022, mediante escrito dirigido al Ayuntamiento de Tres Cantos, procedió a retirar su oferta.

La mesa de contratación no teniendo en cuenta esta retirada de oferta, en su sesión celebrada el 27 de abril de 2022, procede a requerir la documentación relacionada en los artículos 140 y 150.2, previamente a la adjudicación del lote 3 del contrato que nos ocupa.

El recurrente basándose en la retirada de la oferta, con anterioridad al acuerdo de la mesa de contratación anteriormente expuesta, hace caso omiso al requerimiento efectuado.

Galp basa su pretensión en la aplicación del artículo 158.4 de la LCSP que establece el periodo de dos meses como el obligatorio para el mantenimiento de las ofertas y, en segundo lugar, que retiró su oferta antes de que fuese requerido como primer clasificado en el lote 3 del contrato que nos ocupa.

Refiere la Resolución 165/2019 dictada por este Tribunal, por la cual se exime de la ejecución de la garantía provisional del 3% en un contrato de mismo objeto que el presente y en el que Galp también era el recurrente.

Insiste que la demora, incomprensible, en la tramitación de este contrato, que inicialmente fue declarado urgente, somete a los licitadores a unas condiciones presentes que no se daban al momento de la licitación, haciendo imposible su ejecución.

No comparte el órgano de contratación ninguno de los dos argumentos del recurrente, pues entiende que la oferta es vinculante y su presentación supone la aceptación incondicionada de los pliegos, quedando obligado el licitador, de acuerdo con la cláusula 13 y el apartado 8 del Anexo I del PCAP, a mantener la oferta presentada hasta el plazo máximo de resolución del procedimiento, que no es el recogido en el artículo 158 de la LCSP, por cuanto que nos encontramos en el marco de un procedimiento negociado con publicidad, toda vez que el citado precepto se aplica al procedimiento abierto.

Considera, además, que es el mismo pliego el que recoge en su cláusula 21 que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto en los artículos 197 y 300 de la LCSP, alegando que lo manifestado por el recurrente es una *“justificación”* para no asumir dicho riesgo, *“o dicho de otra manera, manifiesta que al no prever tener los ingresos que calculó a la hora de licitar, por las circunstancias que expone en su escrito del recurso, no quiere seguir con el procedimiento de licitación. Hecho -la retirada de la oferta- que puede llevar a cabo, si bien, no está considerado -la retirada de la oferta en este supuesto- por la ley, como el ejercicio de su derecho a retirar su oferta, es más, la LCSP/2017, lo que contempla para estos supuestos de retirada de la oferta al NO cumplir con la presentación de la documentación requerida, son las consecuencias recogidas en la Resolución ahora recurrida”*.

Por último, indicar que la comunicación a órgano de contratación de retirada de la oferta por Galp, fue informada por técnico municipal que la consideraba contraria a derecho, por lo que la mesa de contratación, celebrada el 27 de abril de 2022, no acepta dicha retirada y procede a considerarlo primer clasificado.

Considerando que las ofertas definitivas, fueron presentadas por los licitadores el 27 de septiembre de 2021 y realizada la oportuna negociación fueron clasificadas por la mesa de contratación el 28 de octubre de 2021, es evidente que a fecha 25 de marzo de 2022 han transcurrido sobradamente los tres meses de mantenimiento de

la oferta. Es necesario destacar que el apartado IV 2.6) del DOUE establece el plazo de tres meses como el mínimo de mantenimiento de las ofertas.

Por lo tanto, procesalmente no se ha alcanzado el momento de solicitud de documentación establecido en el artículo 150.2, resultando que no puede entenderse que estamos ante una retirada de la oferta, como establece dicho artículo, que conlleva la imposición de una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

Estando en fase previa a la anteriormente mencionada, la retirada de la oferta, que se constituye como un derecho del licitador, no sujeto a autorización ni estimación por no responder a una naturaleza rogada, no puede impedirse ni obviarse de forma que se continúe el procedimiento como si no se hubiera producido.

En el caso de retirada de oferta antes de alcanzar el momento de acreditar documentalmente la aptitud, personalidad y solvencia de la empresa y con anterioridad a cumplirse el plazo de dos meses en el caso de procedimientos abiertos y de tres meses en este caso concreto, según se establece en el anuncio de licitación, procederá a la incautación de la fianza provisional. Actuación imposible de llevar a cabo en este contrato toda vez que no se ha establecido fianza alguna, ni provisional ni general, y no correspondiendo en este caso concreto por haber transcurrido más de tres meses desde la presentación de la propuesta en ronda de negociación.

Es necesario destacar como en la tramitación de este expediente, inicialmente declarado de urgencia, concurren periodos muy largos de tiempo en los cuales se aprecia una total inacción por parte del órgano de contratación, a modo de ejemplo y sin necesidad de mayor rigor destacamos los seis meses que median entre la inicial clasificación de ofertas y el requerimiento a la recurrente o los cuatro meses que ha tardado en enviar a este Tribunal el recurso que nos ocupa y la documentación que recoge el artículo 56.2 de la LCSP, que marca un plazo de dos días.

Esta falta de diligencia no puede verse recompensada con la imposición de penalidades a un licitador que a la vista del cambio de precios en los mercados internacionales del gas, la lentitud en la tramitación y la duración del contrato le llevan a una imposible ejecución del mismo, por lo que en un ejercicio de responsabilidad procede a retirar su oferta, en plazo y forma, el día 25 de marzo de 2022.

Asimismo, llama la atención que la mesa de contratación concedora de la retirada de la oferta, con la intención de adjudicar a Galp el lote 3 del este contrato, siendo su oferta la clasificada en último lugar, en lugar de admitir y advertir al órgano de contratación que la licitación iniciada se ha visto afectada totalmente por la crisis energética consecuencia de la guerra de Ucrania, elevándose los precios de la electricidad y sobre todo del gas por encima del presupuesto base de licitación. A mayor abundamiento el presupuesto base de licitación, tal y como establece el artículo 100 de la LCSP, deberá ajustarse a los precios de mercado, precios totalmente desfasados en la actualidad y durante la tramitación del expediente.

Todo parece indicar que el órgano de contratación podría haber desistido del procedimiento por esta razón, presupuesto no adecuado al mercado e iniciar una nueva licitación más acorde con las tarifas actuales en lugar de alargar el presente procedimiento sine die penalizando a todos los licitadores.

Llegados a este punto consideramos que procede estimar el recurso interpuesto por Galp.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Galp Energía España S.A.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos, de fecha 10 de noviembre de 2022, por el que se considera retirada la oferta al lote 3 del contrato de “suministro de energía eléctrica y gas natural, en centros gestionados por el Ayuntamiento de Tres Cantos”, número de expediente 2021/07/CON, en los términos establecidos en el fundamento quinto de esta Resolución.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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 59 de la LCSP.