

Recurso 284/2021
Resolución 496/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SONEPAR IBÉRICA SPAIN, S.A.U.** contra la admisión de ofertas acordada por la mesa de contratación en su sesión celebrada el 17 de mayo de 2021, con ocasión de la propuesta de adjudicación del contrato denominado *“Suministro de elementos de iluminación para el cambio a tecnología LED para la eficiencia energética en instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Lucena, cofinanciado en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)”* (Expediente SU-01/21 – GEX-2021/2175), promovido por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de marzo de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 194.615,00€.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 16 de junio de 2021 tiene entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la admisión de ofertas acordada en el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida fue recibida en este Órgano.

Con fecha 15 de julio de 2021, este Tribunal acordó denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido la de la entidad propuesta adjudicataria, (y con la que se ha formalizado el contrato), en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso como licitadora que obtendría la adjudicación de estimarse el recurso. Al respecto, el artículo 48 de la LCSP 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»*.

TERCERO. Acto recurrible.

El presente recurso se interpone contra la admisión de ofertas de un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP. El acto sustantivamente impugnado es la admisión de las ofertas.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 16 de junio de 2021, en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta de interés exponer las siguientes actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

El motivo del recurso se encuentra en que las ofertas realizadas por dos entidades, (entre ellas la adjudicataria), han sido formuladas en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad de la prestación estimada o prevista, en lugar de en términos de precios unitarios referidos a las unidades de la prestación que finalmente se habrían de entregar.



Señala que se vulnera el artículo 139 de la LCSP y el artículo 84 del RGLCAP, pues si, de conformidad con el artículo 102.4 de la LCSP, el precio del contrato está formulado en términos de precios unitarios referidos a las unidades de la prestación que se entreguen no podría ofertarse a tanto alzado.

Señala que la cláusula 5 del PCAP establece:

“5. Presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato.

...

La determinación del presupuesto base de licitación se desglosa en el PPT que rige en el presente contrato.

Conforme a lo previsto en el artículo 301 de la LCSP al realizarse la determinación del precio del contrato mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar sobre las previstas o estimadas inicialmente, hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar expediente de modificación...”.

Continúa que en el apartado “PRESUPUESTO Y MEDICIONES” del pliego de prescripciones técnicas (PPT), se desglosa el precio del contrato detallando las diferentes luminarias que se solicitan, las cantidades previstas o estimadas para cada una de ellas y sus respectivos precios unitarios, es decir en la cláusula 5 del PCAP se señala claramente que la determinación del precio del contrato lo es por precios unitarios y se contempla un eventual incremento de las unidades a suministrar sobre las previstas o estimadas.

La recurrente manifiesta que *“formuló su oferta en términos de precios unitarios acompañando a la misma el preceptivo desglose de precios unitarios aplicables a las cantidades estimadas o previstas para todas y cada una de las luminarias solicitadas”.*

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las ofertas de dos licitadoras, entre ellas la que ha resultado adjudicataria, pues *“se limitan a formular un precio aplicable a tanto alzado para todo el conjunto de la prestación –mediciones o cantidades estimadas o previstas para todas y cada una de las diferentes luminarias que se solicitan en el PPTP-, lo que contraviene lo establecido en la cláusula 5 en relación con la 31 del PCAP y da lugar a un error manifiesto en el importe de sus proposiciones que debe conllevar la exclusión de sus ofertas de la licitación. Dicho error además impide un eventual incremento del número de luminarias a suministrar, puesto que al no haber indicado en sus proposiciones los precios unitarios de todas y cada una de las luminarias que se solicitan, no se dispone de precio a aplicar a aquellas concretas luminarias que se incrementen respecto de las previstas o estimadas, resultando dicha falta de precios unitarios en la oferta un error insalvable”.*

Señala que se vulnera *“el artículo 139 de la LCSP, puesto que la oferta NO se ajusta al pliego, no se formula en términos de precios unitarios, sino en términos de precios aplicables a tanto alzado, contraviniendo las cláusulas 5 y 31 del PCAP en relación con los artículos 102.4 y 301.2 de la LCSP”.*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Solicita la desestimación del recurso. Sostiene que al igual que hace la propia recurrente, se basa en el artículo 139.1 de la LCSP, porque ha actuado conforme al PCAP que no está recurrido.

La cláusula 18ª del PCAP señala que es la que regula la forma y contenido de las proposiciones que han de presentar los licitadores al procedimiento, y afirma que en esta cláusula en ningún apartado se solicita que las entidades que concurren a la licitación aporten la relación de precios unitarios que componen su oferta y que



esto es así porque la documentación técnica del expediente ya realiza una relación de precios unitarios que los licitadores asumen al concurrir al procedimiento, realizando una rebaja económica que, en este procedimiento, se traslada a la totalidad de los precios unitarios que se recogen en el apartado de “presupuesto y mediciones” del PPT, reduciendo en el contrato los dichos precios unitarios en igual porcentaje al de la baja económica realizada por la entidad adjudicataria.

Expresa que la determinación del precio del contrato mediante precios unitarios permite, *“conforme se prevé en el artículo 301 de la LCSP, tener la posibilidad de incrementar el número de unidades a suministrar sobre las estimadas inicialmente (con el límite del 10%) pero no se obliga a que los licitadores tengan que presentar por su cuenta relación de precios unitarios, si no se pide expresamente en los pliegos reguladores del contrato y, como en este supuesto, dichos precios unitarios de referencia ya están definidos en la documentación técnica del contrato.”*

Señala que no estableciéndose en la normativa, ni en los pliegos, que los licitadores deban presentar su oferta económica con desglose de precios unitarios y no requiriéndose en el PCAP en ningún momento que los licitadores tengan que presentar dicho desglose, pues ya se considera que los precios unitarios están establecidos en la documentación técnica del PPT, y que la empresa que resulte adjudicataria ejecutará el suministro por dichos precios unitarios rebajados en igual porcentaje que la baja económica que presente su respectiva proposición, por lo que no entiende que exista defecto alguno en las proposiciones presentadas y no procede la exclusión ni la posible subsanación de ninguna de ellas.

3. Alegaciones de la adjudicataria.

Se opone solicitando la desestimación del recurso en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

A. Expuestos los hechos procede el examen del fondo del asunto.

La cláusula 5ª del PCAP señala:

“El presupuesto base de licitación del presente contrato, elaborado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP es el que se indica a continuación.

Presupuesto (IVA excluido): 194.615,00 euros

IVA (21 %): 40.869,15 euros

Total presupuesto (IVA incluido): 235.484,15 euros

La determinación del presupuesto base de licitación se desglosa en el PPTP que rige en el presente contrato.

Conforme a lo previsto en el artículo 301 de la LCSP, al realizarse la determinación del precio de contrato mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar sobre las previstas o estimadas inicialmente, hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar expediente de modificación.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 194.615,00 euros y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP, se ha calculado teniendo en cuenta el plazo de duración del contrato, así como de sus eventuales prórrogas y/o modificaciones que, en su caso, estén previstas en el presente Pliego”.

La cláusula 18ª del PCAP señala:



“18. Forma y contenido de las proposiciones.

La oferta se entregará en dos sobres electrónicos: el primer sobre contendrá la “documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”; el segundo sobre incluirá la “documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”, así como la declaración sobre las características técnicas de las luminarias ofertadas e incorporará, para aquellos supuestos en que la oferta recoja luminarias diferentes a las detalladas en el PPT, la documentación técnica acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos, así como los estudios lumínicos pertinentes que permitan garantizar el cumplimiento de la normativa de aplicación para alumbrado público (R.D. 1890/2008) y la equivalencia de las luminarias ofertadas”.

(...)

b) SOBRE n.º 2, DE OFERTA DE CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES.

Dentro de este sobre electrónico, los licitadores deberán incluir la siguiente documentación:

- La oferta de criterios valorables en cifras o porcentajes, debidamente firmada y redactada conforme al modelo que se recoge en el Anexo V del presente pliego”.*

El Anexo V, relativo a la “Oferta de criterios valorables en cifras o porcentajes”, contiene el siguiente tenor:

“D./Dña _____, con DNI número _____ en nombre (propio) o (de la empresa que representa) _____, con NIF _____ y domicilio fiscal en _____ calle _____ número _____ y teléfono de contacto número _____; enterado del procedimiento de contratación del suministro de elementos de iluminación para el cambio a tecnología LED para la eficiencia energética en instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Lucena, me comprometo, en caso de resultar adjudicatario/a de la prestación del suministro, a realizar su ejecución, con estricta sujeción a los requisitos exigidos, de acuerdo con las condiciones ofertadas, por la cantidad total de _____ Euros .

A esta cantidad le corresponde un IVA de _____ Euros, por lo que el importe total, IVA incluido asciende a la cantidad de _____ Euros”.

Observado el PPT, en el apartado “presupuesto y mediciones”, aparecen detalladas las cantidades de luminarias sobre las que se han efectuado los cálculos.

Asimismo, en el mismo PPT en el apartado 10 aparece definida la zona de actuación, estableciéndose expresamente el número y clase de luminaria a sustituir, y por qué clase. De este modo, aparecen en la parte final del PPT los planos, señalándose las calles y ubicación de las luminarias que se van a sustituir correspondientes a la zona Sur-Este que constituye el objeto del suministro. Es decir, está perfectamente identificado el suministro, de tal modo que no se trata de un suministro a demanda de la Administración, que depende de las necesidades futuras, sino que se trata de un suministro cuyas cantidades están predeterminadas en el propio PPT. Ello hace posible que se haya calculado por unidades por precios unitarios según valor de mercado.

Nada obsta a que se haya previsto en la cláusula 5ª del PCAP la aplicación del artículo 301 de la LCSP. La posibilidad que establece el artículo 301.2 de incrementar el número de unidades a suministrar, tiene como premisa que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, de tal modo que se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a



que se refiere el artículo 205.2.c).3 LCSP, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato. Se deduce que la posibilidad de que se encarguen más unidades de las contratadas sin necesidad de aprobar un modificación vía artículos 301, solo se aplica a contratos de suministro a precios unitarios con el número de unidades determinado como es nuestro supuesto, o bien a contratos de servicios distintos a los de tracto sucesivo según necesidades.

Pues bien, a juicio de este Tribunal el contenido del PCAP es claro en la exigencia de que la oferta económica se formule en base a tanto alzado, sin perjuicio de que el presupuesto base de licitación se haya fijado por precios unitarios. La mención de la cláusula 5ª con relación al presupuesto base de la licitación no permite alcanzar una conclusión diferente a la vista de la cláusula 18ª, pues sería totalmente incoherente con el resto del contenido de los pliegos. Una interpretación sistemática de los pliegos de licitación impide entender que la oferta se debía hacer por precios unitarios, sólo cabe concluir que la licitación estaba configurada conforme a precios unitarios, pero que debía hacer según el anexo a tanto alzado.

En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 377/2019, de 7 de noviembre), los pliegos que rigen el contrato son "lex inter partes" o "lex contractus" y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas. De tal forma que, en el presente recurso, si la entidad recurrente consideró en su momento que los requerimientos del anexo de la oferta económica del PCAP no eran acertados o suficientes, pudo haber impugnado el contenido de los mismos, pero concluido el plazo para ello si no hizo uso de tal posibilidad éstos se convierten en documentos firmes y definitivos que obligan a las partes con todo su contenido, hasta el punto de predicar con respecto a ellos que están en posesión de la fuerza de la ley. En caso contrario, se estaría poniendo en riesgo el principio de igualdad que debe regir entre los participantes de todo procedimiento de licitación.

En tal sentido, incorporar en estos momentos del procedimiento de licitación la exigencia de que la oferta se deba configurar por precios unitarios -como sostiene la recurrente- no previsto con tal carácter preceptivo en los pliegos, llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural e implicaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad de trato para aquellas licitadoras que han respetado y cumplido el contenido del pliego. En esta línea se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 214/2018, de 13 de julio, al disponer que *"En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora los requisitos exigidos para todas ellas"*.

Por todo ello el motivo del recurso debe desestimarse.

B. En cuanto a la admisión de la causa de nulidad alegada por la recurrente, y admitida incluso en el informe del órgano de contratación que se acompaña al expediente, cumple señalar que el contrato se ha formalizado sin respetar el plazo previsto en el artículo 153.3 de la LCSP, conforme al cual: *"Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos."*

En base a ello la recurrente solicita la nulidad del contrato y lo fundamenta en el artículo 39.2 d) de la LCSP, en el que se establece que serán nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas que en el mismo se contienen y en cuyo apartado d) expresamente prevé:



“d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo de formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

- 1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,*
- 2.º Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.”.*

Por tanto, este supuesto especial de nulidad requiere el cumplimiento concurrente de tres requisitos:

- Que no se haya respetado el plazo del artículo 153.3 de la LCSP.
- Que por esta causa el licitador se haya visto privado de su derecho a recurrir
- Que hubiera concurrido alguna infracción del procedimiento que le hubiera impedido obtener la adjudicación.

En el presente caso, resulta como hecho probado y aceptado por ambas partes, que entre el acuerdo de adjudicación y la formalización del contrato no transcurrieron los 15 días de suspensión para poder interponer el recurso especial en materia de contratación que contempla el artículo 153.3 de la LCSP, por lo que concurre el primero de los requisitos para la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2 d) de la LCSP.

En cuanto al requisito relativo a que, por la citada causa de incumplimiento del plazo de quince días, la licitadora se hubiese visto privada de la posibilidad de interponer el recurso especial, como consta en el expediente y la misma recurrente reconoce en su escrito de recurso, no se la ha privado de la posibilidad de interposición del recurso especial contra la adjudicación.

Por ello, y sin que sea necesario entrar a valorar en este momento la concurrencia del último de los requisitos previstos en el citado artículo 39.2 d) de la LCSP, procede inadmitir la causa de nulidad alegada al no concurrir uno de los requisitos exigidos en el mencionado precepto. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en anteriores ocasiones, entre otras en la Resolución 85/2018 de 28 de marzo: *“Por último, para que pueda admitirse la cuestión de nulidad invocada por la recurrente han de concurrir acumulativamente los dos siguientes requisitos: que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes y, que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.(...)”*

En consecuencia, no procede apreciar el supuesto especial de nulidad establecido en el artículo 37.1 b) del TRLCSP, al no concurrir el tercer presupuesto necesario para ello, a saber, “Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes”, circunstancia que no ha concurrido en el presente caso, siendo precisamente la vía del recurso especial la que tenía expedita GRUAS PLAZA ALMERÍA, y de la que hizo uso mediante la interposición del recurso especial 64/2018, si bien como se ha expuesto el mismo fue desestimado. (...).

Todo ello conlleva a que la presente cuestión de nulidad promovida haya de ser inadmitida.”



En tal sentido el artículo 22.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece: “3. *En los términos previstos en el artículo 39.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el órgano competente podrá inadmitir la cuestión de nulidad cuando previamente se haya interpuesto recurso contra alguno de los actos recurribles de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún en el caso de que el órgano de contratación o la entidad contratante hubieran formalizado el contrato con incumplimiento del plazo de espera previsto en el artículo 156.3 o de la suspensión automática o de la acordada por el órgano competente para resolver el recurso.*

En tales casos, la estimación del recurso comportará la nulidad del contrato formalizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1 del texto refundido mencionado, con los efectos que en el mismo precepto se prevén.”.

Por tanto, y de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 39.2 d) de la LCSP y en el artículo 22.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual se inadmite la causa de nulidad solicitada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SONEPAR IBÉRICA SPAIN, S.A.U.** contra la admisión de ofertas acordada por la mesa de contratación en su sesión celebrada el 17 de mayo de 2021, con ocasión de la propuesta de adjudicación del contrato denominado “Suministro de elementos de iluminación para el cambio a tecnología LED para la eficiencia energética en instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Lucena, cofinanciado en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)”, (Expte. SU-01/21 – GEX-2021/2175), promovido por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

