

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

En Madrid, a 8 de mayo de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.C.Z., identificado como administrador único por tiempo indefinido de la sociedad Multienergía Verde, S.L. contra el Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento en sesión ordinaria celebrado el 30 de enero de 2019, notificada en fecha 22 de marzo de 2019, que tiene por retirada la oferta presentada por Multienergía Verde, S.L. y acuerda incautar la garantía provisional constituida e iniciar expediente para la prohibición para contratar con el Ayuntamiento de Las Rozas, relativo al procedimiento “Expte. nº 2018001 SUM. Suministro de energía eléctrica y gas natural a las instalaciones municipales”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial del Estado nº 79 de fecha 31 de marzo de 2018 se publicó anuncio de licitación tramitado por el Ayuntamiento de Las Rozas, “Expte. nº 2018001 SUM. Suministro de energía eléctrica y gas natural a las instalaciones municipales”. El Valor estimado del contrato es de 7.106.036,43 euros, dividido en 4 lotes. Se exige una garantía provisional de 10.000 euros por cada lote.

Segundo.- El Pleno del Ayuntamiento en sesión ordinaria celebrado el 25 de julio de

2018, adjudica el contrato a Galp Energía España, S.A.U., el lote 4 y en fecha 31 de octubre de 2018, notificada el 11 de diciembre de 2018, entre otros, adoptó el acuerdo de tener por retirada la oferta presentada al contrato de “Suministro de energía eléctrica (...)” e incautar de la garantía de Galp acordando la adjudicación del contrato a Multienergía Verde, S.L.

Tercero.- En fecha 13 de diciembre, Multienergía Verde, S.L., presenta escrito solicitando la retirada de la oferta ante la imposibilidad de mantener los precios ofertados hace más de 7 meses, cumpliendo con el requisito de mantener la oferta vigente los 2 meses exigidos legalmente desde la apertura de las proposiciones y solicitando la devolución de la garantía provisional depositada por importe de 10.000 euros.

El Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento en sesión ordinaria celebrado el 30 de enero de 2019, entre otros adoptó el Acuerdo cuya parte dispositiva dice: “5º.- *Adjudicación, mediante procedimiento abierto, sujeto a regularización armonizada del contrato de Suministro de energía (...)*”, notificada en fecha 22 de marzo de 2019. Tienen por retirada la oferta presentada por Multienergía Verde, S.L. y acuerdan incautar la garantía provisional constituida e iniciar expediente para la prohibición para contratar con el Ayuntamiento de Las Rozas, actuaciones contra las que se recurre.

Cuarto.- Interpuesto recurso especial en materia de contratación en fecha 29 de marzo, en fecha 1 de abril el Ayuntamiento de las Rozas acusó recibo de la solicitud de informe y expediente, recogándose su contestación en los fundamentos de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público 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.- Es procedente la aplicación en materia de recursos 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, a tenor de su disposición transitoria primera 4 párrafo segundo, porque el acto recurrido se ha dictado con posterioridad a su entrada en vigor. También el anuncio de licitación se publica con posterioridad a su entrada en vigor el 9 de marzo, siendo de aplicación esta norma al contrato, pese a que los Pliegos refieran al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Procede examinar en primer lugar 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 ni 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, 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.

Tercero.- La recurrente está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, al haber sido licitadora del procedimiento y resultar perjudicada por la decisión del Ayuntamiento.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso de quince días hábiles el artículo 50 de la LCSP establece reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial, en el caso de actos de trámite se computan “a partir del día siguiente en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En este caso, aunque el Ayuntamiento no ha contestado al requerimiento de este Tribunal consta el Registro de Salida del Acuerdo de incautación de la garantía y es de fecha 22 de marzo, por lo que la fecha de conocimiento por el recurrente se tiene por válida y con ello la de interposición del recurso.

Quinto.- La cuestión jurídica se circunscribe a determinar si la incautación de la garantía provisional es acto recurrible ante este Tribunal y si existe un plazo para retirar las proposiciones y la garantía provisional una vez transcurridos dos meses desde la apertura de las proposiciones sin adjudicación del contrato.

Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste como único motivo se fundamenta en la improcedencia de la incautación de la garantía provisional derivada de la retirada de su oferta, al no ser ésta imputable a su actuación, sino al órgano de contratación.

En concreto aduce la recurrente que la retirada de su proposición, que siguió

a la del primer adjudicatario, estaba justificada y amparada en el artículo 158 del TRLCSP.

Estaba justificada la retirada de la oferta porque “la adjudicación se ha dilatado tanto en el tiempo, que en el momento de producirse la propuesta de adjudicación en favor de Multienergía (31 de octubre de 2018 notificada a fecha 11 de diciembre) resulta inviable mantener los precios ofertados en su día (20 de abril de 2018 fecha de oferta), casi 8 meses después, *“dado que el precio del gas natural en los mercados internacionales sufrió en ese transcurso de tiempo un incremento de más del 70 %.* Dicho incremento de precio implica que el licitador no pueda aprovisionarse, 8 meses después de la presentación de la oferta, del volumen de gas necesario para poder realizar el suministro de forma viable”. Y se encuentra amparada en el artículo 158 de la LCSP, según la recurrente, que transcribe:

“158.2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de 2 meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiera establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Artículo 158.4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”.

Por su parte el órgano de contratación motiva la incautación en los artículos 151 y 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aplicable al presente contrato a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Añadiendo la siguiente motivación:

“En cuanto a los efectos del escrito remitido por Multienergía Verde, S.L. si bien el contratista debe mantener su oferta durante 2 meses, dicho mantenimiento se considera vigente siempre y cuando el contratista no haya retirado la misma. Por lo tanto durante el periodo de dos meses el contratista no puede retirar su oferta sin penalización; en cambio una vez transcurrido dicho plazo está facultado para retirar la misma sin penalización alguna. No habiendo retirado su oferta, la misma se

encontraba plenamente en vigor, como el resto de ofertas presentadas y no retiradas, por lo que la retirada supone incautación de la garantía provisional depositada, conforme indicaba el pliego de cláusulas administrativas particulares (...)”.

En definitiva, el órgano de contratación señala que no habiendo hecho ejercicio de su derecho a retirar la oferta la garantía se encontraba plenamente vigente, en el momento de su incautación.

El órgano de contratación alega: “a) *Multienergía Verde S.L. optó por no retirar su oferta cuando estaba facultado para ello (el requerimiento de documentación para la adjudicación a su favor se produjo el día 11 de diciembre de 2018, cuando la apertura de la oferta tuvo lugar el día 18 de mayo de 2018. El adjudicatario pudo retirar su oferta a partir del día 18 de julio de 2018 (cuando se cumplieron los 2 meses), y no fue hasta que fue requerido para aportar la documentación (11 de diciembre de 2018) cuando manifestó su renuncia al mismo. El recurrente pudo hacer valer el motivo indicado en la Ley en el plazo transcurrido entre el 18 de julio de 2018 y la fecha en que le fue requerida la documentación para la, y no con posterioridad a dicha fecha, ya que, al no hacerlo mantenía su oferta.*

b) Multienergía Verde S.L. indica que de acuerdo con el artículo 103.4, “la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato”. En cambio, nada dice sobre el apartado 2: “en los pliegos de cláusulas administrativas se determinará el importe de la garantía provisional, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y el régimen de su devolución” y, precisamente, el pliego de cláusulas administrativas, “lex inter partes”, cuya aprobación es firme al no haber sido recurrida y a cuyo contenido debe ajustarse la oferta presentada por el lidiador, indica, en la cláusula XI “en todo caso, la garantía provisional responderá del mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la formalización del contrato”.

Por lo tanto, siendo firme el acuerdo de aprobación del pliego, y habiendo presentado oferta al mismo, el recurrente conoce que hasta la formalización del contrato, en aplicación de lo dispuesto en el pliego, para lo que está facultado por el artículo 103.2 del TRLCSP (régimen de devolución de la garantía provisional), de no

retirar su oferta una vez cumplidos los dos meses desde la fecha de apertura de los sobres correspondientes a la oferta económica, su oferta era válida y su garantía provisional estaba en vigor.

c) Multienergía Verde S.L, considera que la fluctuación del precio del carburante hace inviable la oferta, al haber transcurrido siete meses desde la fecha de su presentación.

El recurrente debe conocer que la duración del contrato es de 2 años, por lo que la oferta está sujeta a los vaivenes de las materias primas cuyo precio conforman el del suministro. Por tanto, debe asegurar su oferta a los citados movimientos de los mercados de las materias primas, siendo, en todo caso, indiferente a la Administración.

En resumen, durante el periodo de dos meses el contratista no puede retirar su oferta sin penalización; en cambio, una vez transcurrido dicho plazo está facultado para retirar la misma sin penalización alguna. No habiendo retirado su oferta, la misma se encontraba plenamente en vigor, como el resto de ofertas presentadas y no retiradas, por lo que su retirada supone la incautación de la garantía provisional depositada, conforme indicaba el pliego de cláusulas administrativas particulares, cláusula XI.

Con base en lo anterior, el Ayuntamiento adoptó el acuerdo que únicamente cabía adoptar, es decir, tener por retirada la oferta e iniciar expediente de prohibición para contratar.

Por todo ello, vistos los hechos y legislación aplicable se considera que el acuerdo objeto de recurso especial en materia de contratación debe ser mantenido, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por las razones contenidas en el presente informe”.

A juicio de este Tribunal, al análisis del caso tiene que partir de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho.

En primer término el artículo 158 de la LCSP expresa un plazo de mantenimiento de la oferta obligatorio, que es dos meses desde la apertura de las proposiciones, y con ello un “*dies a quo*” para la retirada de las proposiciones (a partir de los dos meses), pero no un límite temporal para poder retirar las

proposiciones y con ello la garantía provisional *“un dies ad quem”*, que tampoco se somete a condición alguna.

Por “proposiciones” a tenor del punto 1 que computa desde la apertura de las proposiciones económicas, debe entenderse el acto público de apertura de las ofertas. Cuando la proposición se contenga en más de un sobre o archivo susceptibles de apertura en actos independientes el cómputo se inicia desde el primer acto de apertura.

El acto público de la apertura de las ofertas económicas tuvo lugar el 18 de mayo, de modo tal que cuando se propone a la recurrente la presentación de la documentación como clasificada en segundo lugar en fecha 11 de diciembre, habían transcurrido casi siete meses desde esa apertura, 5 más de los requeridos para poder retirar su proposición.

El acuerdo de adjudicación fue notificado a todos los licitadores en fecha 29 de agosto de 2018 y hasta la fecha 18 de octubre no presenta retirada de su proposición la clasificada en primer lugar, cosa que hace cuando es notificada para formalizar el contrato, y casi sin solución de continuidad se requiere a la segunda clasificada, hoy recurrente, la documentación.

Siendo estas las circunstancias, la recurrente no tiene razón para retirar su proposición entre el 28 de agosto y el 11 de diciembre si no es propuesta como adjudicataria, puesto que no tiene necesidad de hacerlo, al no ser adjudicataria. Y antes de la primera fecha, había transcurrido un mes desde el transcurso de dos de la apertura de las proposiciones económicas.

Siendo esto así, los precios que podían resultar admisibles, según las condiciones del mercado de hidrocarburos en julio de 2018 no necesariamente lo son a fecha 11 de diciembre cuando se le requiera de presentar la documentación. Según su recurso en fecha 13 de diciembre solicitan la retirada de su proposición, inmediatamente de haber sido requeridos, habiendo transcurrido el plazo de siete meses desde la apertura de las proposiciones. Este plazo debe tenerse como

bueno, es decir, comunican la retirada tan pronto son requeridos para presentar la documentación y simultáneamente tienen conocimiento de que son adjudicatarios por renuncia del clasificado en primer lugar.

En segundo lugar, aunque la LCSP no contiene una regulación idéntica al TRLCSP, si cabe entender que la posibilidad de retirar la proposición sin penalización transcurrido el plazo de dos meses desde la apertura de las proposiciones sin adjudicación se regula de forma similar. Actualmente, el artículo 106.4 de la LCSP únicamente dispone que *“la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última”*. Mientras, la anterior normativa (TRLCSP) señalaba que *“la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación”*. Es decir, requería una justificación para la retirada de la proposición y en su consecuencia de la garantía.

No obstante, el mero transcurso del plazo de dos meses sin adjudicar el contrato tras la apertura de las proposiciones tanto en la redacción vigente como en la anterior es causa suficiente de justificación para poder retirar la proposición y, con ello la garantía, no existiendo límite temporal o condición para ejercer este derecho. En el TRLCSP se contenía la misma disposición sobre posibilidad de retirar las proposiciones, sin sujeción a plazo o condición.

“161. 2. Cuando para la adjudicación del contrato deba tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el artículo 152.3.

4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición”.

En definitiva, no puede compartirse la argumentación del Ayuntamiento de que no podía retirar su proposición y con ella la garantía, porque estaba vigente cuando es requerido para presentar la documentación, habida cuenta la Ley no establece límite o plazo para hacerlo. Establece el día a partir del cual puede retirarse, pero no fecha final para hacerlo. Este derecho constituye una excepción a la obligación de mantener la garantía provisional hasta la formalización del contrato, careciendo de sentido en otro caso.

Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 formulado don S.C.Z., en representación de la Sociedad Multienergía Verde, S.L. contra el Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento en sesión ordinaria celebrado el 30 de enero de 2019, de acuerdo de incautar la garantía provisional constituida e iniciar expediente para la prohibición para contratar con el Ayuntamiento de Las Rozas, relativo al procedimiento “*Expte. nº 2018001 SUM. Suministro de energía eléctrica y gas natural a las instalaciones municipales*”, anulando la incautación de la garantía provisional y la incoación del expediente de prohibición para contratar.

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 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 49 del TRLCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL