RE 050/2013

Acuerdo 36/2013, de 10 de julio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por ENDESA INGENIERÍA S.L.U, frente a la adjudicación del contrato «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», promovida por el Ayuntamiento de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2013 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud, contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 7 804 360 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 3 de abril de 2013.

En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos, la recurrente, con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas con ENEL SOLE, S.R.L.

SEGUNDO.- La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre A) y de la documentación técnica (Sobre B) presentada por los licitadores, y acordó, según se recoge en el acta correspondiente, lo siguiente:

> *«1. Dar traslado a los servicios técnicos y jurídicos municipales de los sobres "A" y "B" presentados por los licitadores para su examen y valoración»*

Con posterioridad, con fechas 9 y 12 de abril de 2013 los servicios técnicos y jurídicos municipales procedieron, en sendas reuniones, al examen de la documentación administrativa (sobre A) y documentación técnica (sobre B), respectivamente. A la luz de su análisis evacuaron informe en el que constataban defectos en los documentos presentados por algunas de las licitadoras. En cumplimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas se requirió a las mismas para que en el plazo máximo de 3 días procedieran a la subsanación de los citados defectos.

TERCERO.- La Mesa de contratación vuelve a reunirse el 22 de abril de 2013, en sesión pública, para la apertura del Sobre C, que contiene la proposición económica.

Se procede al inicio de la sesión a comunicar las puntuaciones de los conceptos no susceptibles de valoración mediante aplicación de fórmulas matemáticas y referidas al Sobre B, previamente abierto en

sesión de 8 de abril de 2013. Se comunican puntuaciones de todas las licitadoras, sin realizar apreciaciones acerca de la solvencia de las mismas. Los resultados son:

- ELECTROTECNIA MONRABAL S.L.U: 59 puntos.
- ELECNOR S.A: 59 puntos
- UTE SERVICIOS ENERGÉTICOS CALATAYUD 2013: 53 puntos,
- UTE ENDESA INGENIERIA S.L.U. y ENEL SOLE S.R.L: 52 puntos
- UTE FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A. Y FERROVIAL SERVICIOS S.A: 45 puntos.

Tras la lectura de las puntuaciones antedichas, se procede a la apertura de los Sobres C conteniendo las propuestas económicas de los licitadores y dando lectura pública de su contenido. A continuación y según se recoge en el acta correspondiente, acordaron lo siguiente:

> *«1. Dar traslado a los servicios técnicos y jurídicos municipales del sobre "C" presentado por los licitadores para su examen y valoración».*

CUARTO.- En reunión de 7 de mayo de 2013 la Mesa de contratación declara que sometido a examen de los servicios técnicos municipales el contenido de los Sobres C —y ante las dudas que suscita si los equipos propuestos por algunas de las licitadoras son similares a los indicados en el Pliego— se precisaba intervención de ingeniero técnico industrial especializado; y así se acuerda lo que sigue:

> *«1. Solicitar del Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales la designación de un colegiado especialista en la rama de electricidad, con experiencia en proyectos de alumbrado público, a fin de que emita el informe señalado en los antecedentes que se estima determinante en la resolución del proceso de adjudicación»*

QUINTO.- Con fecha 29 de mayo de 2013 se recibe por el Ayuntamiento de Calatayud «*Informe de las luminarias con LED ofertadas, para la mejora del alumbrado público*» elaborado por el Ingeniero Técnico Industrial Antonio Cebamanos Langa y que recoge entre sus conclusiones las siguientes:

a) Ninguna de las ofertas cumpliría al 100%, la especificación marcada por el Ayuntamiento IK 10.
b) Tres empresas, MONRABAL, ELECNOR y ESE CALATAYUD, incumplen el IK 10 en un pequeño porcentaje muy similar (6,8-6,9 %) que corresponde a los faroles; FERROSER en un 51,6 % y ENDESA lo incumple totalmente al 100 %.
c) A las tres empresas MONRABAL, ELECNOR y ESE CALATAYUD, que ofertan farol PHILIPS HPB430, el fabricante, certifica a ellas y al Ayuntamiento que se suministrará un farol IP66 IK 10, sin sobrecoste.
d) El índice IK 10, es un dato importante en la clasificación de las luminarias y el no tenerlo, se considera un incumplimiento sustancial de lo solicitado por el Ayuntamiento.

SEXTO.- El 31 de Mayo de 2013 se reúne nuevamente la Mesa de contratación para la valoración y clasificación de las plicas presentadas para la adjudicación del contrato; sirviéndose para ello del informe elaborado por el Ingeniero Técnico Industrial sobre la documentación aportada en el Sobre C. Se extraen, entre otras y en lo que se refiere al presente recurso, las siguientes conclusiones:

> *«c) Que las luminarias propuestas por UTE ENDESA INGENIERÍA SLU y ENEL SOLE SRL en el sobre "C" no son similares a las del pliego de prescripciones técnicas, de hecho, ninguno de los seis modelos*

propuestos tiene el coeficiente de resistencia IK 10 exigido. Dicho indicador tiene carácter sustancial "…"

e) Que la propuesta de ELECNOR SA es la única ajustada a los requisitos de la convocatoria, obteniendo una puntuación de 148.116 puntos sobre 160».

A la vista de las mismas se propone por unanimidad clasificar las ofertas con un primer y único clasificado que es ELECNOR, S.A, requiriéndole la presentación de la documentación precisa para la adjudicación del contrato. Se acuerda, asimismo, excluir al resto de licitadores por las razones expuestas en el acta.

Mediante acuerdo de 3 de junio de 2013 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Calatayud, se adjudica la licitación a ELECNOR, S.A.

SÉPTIMO.- El 25 de junio de 2013 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Christopher Robert Regan, en representación de ENDESA INGENIERÍA S.L.U. (en adelante ENDESA) contra el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Calatayud de fecha 3 de Junio de 2013.

Con la interposición del recurso, ENDESA solicita la revocación del Acuerdo de adjudicación impugnado y la exclusión de ELECNOR S.A. por no cumplir su oferta con el contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), y en consecuencia, se declare desierto el procedimiento ante la ausencia de licitadores con oferta adecuada.

La recurrente ha incumplido, al menos formalmente, lo preceptuado en el artículo 44.1 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), que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

El recurso alega, respecto de la revocación del Acuerdo y la exclusión de la adjudicataria, lo siguiente:

a) Que el PPT aprobado por el Ayuntamiento de Calatayud recoge expresamente la necesidad de que las luminarias cumplan las características IK 10, entre otras; y que esta exigencia tiene carácter sustancial. Así se derivaría del texto de las citadas prescripciones: «*Estas luminarias deberán de cumplir las características IP 65 e IK 10*».
b) La oferta de la adjudicataria no cumple con la característica IK 10, pues la luminaria identificada tiene un indicador IK 06 que la invalida. Así ELECNOR S.A. habría de ser excluida del concurso por no acomodarse su oferta a los presupuestos necesarios, y para no causar lesión al principio de igualdad que debe regir en la contratación pública.

OCTAVO.- El Tribunal solicita al órgano de contratación el 26 de Junio de 2013 la remisión del expediente completo y del informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tiene entrada en el Tribunal el día 27 de Junio de 2013.

A fin de evacuar el trámite de alegaciones, el Tribunal notificó el 1 de Julio de 2013, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

NOVENO.- El 5 de Julio de 2013, Don Alberto Estallo Gavín, en representación de ELECNOR S.A, presenta ante este Tribunal escrito en el que se opone al recurso planteado, en base a las siguientes alegaciones:

Si bien parte la luminaria propuesta inicialmente no cumple con el requisito IK 10, la misma ha quedado descatalogada y en consecuencia el proveedor ha emitido informe (a solicitud de un técnico del Ayuntamiento de Calatayud) en el que se indica que se suministrará un nuevo farol que cumple con los requisitos exigidos en el PPT, sin ningún tipo de sobrecoste.

DÉCIMO.- El 5 de Julio de 2013, Don Antonio Aranda Gimeno, en representación de UTE FERROSER INFRAESTRUCTURAS, SA y FERROVIAL SERVICIOS, S.A, presenta ante este Tribunal escrito en el que se adhiere a los argumentos esgrimidos en el recurso planteado:

a) Que el PPT aprobado por el Ayuntamiento de Calatayud recoge como requisito fundamental que las luminarias cuenten con un coeficiente de resistencia IK 10, y que además este coeficiente es *«un indicador de carácter sustancial».*

b) En consecuencia, debería excluirse la oferta de la adjudicataria, dado que la luminaria propuesta por la misma no cumple con el citado presupuesto.

c) El no cumplimiento de ELECNOR queda además fijado en el Informe elaborado por el Ingeniero Técnico Industrial que ha servido de soporte al órgano de contratación para tomar la decisión relativa a la adjudicación. La elección de la oferta de un licitador que incumple los requisitos técnicos tendría por

consecuencia la nulidad del acuerdo de adjudicación. A su vez, afirma, que no es suficiente la afirmación de que el tipo de farol está descatalogado y que será sustituido por otro que sí cumpla los requisitos, pues esto supone una alteración de la oferta inicial.

d) Por último, el alegante afirma que ha quedado acreditado que ninguna de las ofertas presentadas cumple con los requisitos técnicos exigidos y que, por tanto, procede la declaración como desierta de la licitación del contrato.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ENDESA INGENIERÍA S.L.U. para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP. Al respecto, este Tribunal considera que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una Unión Temporal de Empresas. Y ello, porque el sentido amplio que el artículo 42 TRLCSP da al concepto de legitimación, permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación.

También queda acreditado, que el recurso se han interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en el recurso es si debe excluirse la oferta de la adjudicataria, dado que la luminaria propuesta por la misma no cumple con el PPT, aprobado por el Ayuntamiento de Calatayud, que recoge como requisito fundamental que las luminarias cuenten con un coeficiente de resistencia IK 10, y que además este coeficiente es «*un indicador de carácter sustancial*».

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, a los Pliegos jurídico y técnico que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas establecen los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP.

Este Tribunal, tiene afirmado, entre otros en su Acuerdo 17/2013, que entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha

considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable. Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.

Sentado este principio, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en el PPT se convierte en una cuestión de interpretación de las normas jurídicas —pues los pliegos configuran, como se ha dicho, la ley del contrato— y de prueba, respecto de la cual es necesario comprobar si las ofertas presentada por las recurrentes se ajustan a lo establecido por el mismo.

Pues bien, el PPT aprobado por el Ayuntamiento de Calatayud recoge expresamente, en su punto 4 (página 26), la necesidad de que las luminarias cumplan las características IK 10, literalmente indica que: «*Estas luminarias deberán de cumplir las características IP 65 e IK 10*». Y, el Informe técnico de 29 de mayo de 2013, emitido por encargo de la Mesa de Contratación —«*Informe de las luminarias con LED ofertadas, para la mejora del alumbrado público*»— elaborado por el Ingeniero Técnico Industrial, concluye que ninguna de las ofertas cumple al 100%, la especificación marcada por el Ayuntamiento IK 10.

En consecuencia es claro y evidente que la Mesa de Contratación al clasificar las ofertas con un primer y único clasificado que es ELECNOR,

S.A, incumplió el PPT. Es decir, incumplió la ley del contrato. Los Pliegos, que conforman la ley del contrato, vinculan en sus propios términos a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, pero también a los órganos de contratación. Y no es posible admitir que la exigencia de una prescripción obligatoria del PPT sea objeto de valoración, en más o menos, según su proximidad al cumplimiento de la misma. Las características técnicas de una proposición deben cumplir íntegramente las exigencias que marca el PTT, sin que sea posible un juicio de valor acerca de la intensidad en que se produce ese cumplimiento si, con carácter previo, no se ha recogido tal posibilidad en el propio pliego. Y, por lo mismo, tampoco es posible, a posteriori, sustituir la luminaria propuesta inicialmente —que el propio adjudicatario reconoce no cumple con el requisito IK 10, en su escrito de alegaciones—, por un nuevo farol que cumple con los requisitos exigidos en el PPT y sin ningún tipo de sobrecoste. Pues es evidente, como bien aduce uno de los alegantes, que en tal supuesto nos encontraríamos ante una alteración de la oferta inicial, contraria a los principios de igualdad y publicidad que rigen la licitación pública.

La Mesa de Contratación, a la vista del informe técnico de 29 de mayo de 2013, debió declarar desierto el procedimiento, por incumplimiento de las prescripciones técnicas de las prestaciones objeto del contrato.

En consecuencia procede estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos

del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por D. Christopher Robert Regan, en nombre y representación de ENDESA INGENIERÍA S.L.U, contra la adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación del contrato y disponer que el órgano de contratación proceda a declarar desierto el procedimiento, por incumplir todas las proposiciones las especificaciones establecidas en el PPT.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Calatayud, deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-

administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.