RE 080/2017

Acuerdo 67/2017, de 26 de mayo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por ENDESA ENERGÍA, S.A.U, frente a la solicitud de documentación conforme al artículo 151 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, del contrato denominado «Suministro de energía eléctrica en baja tensión para los puntos de consumo del Ayuntamiento de Huesca», promovido por el Ayuntamiento de Huesca.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de febrero de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación y los Pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de energía eléctrica en baja tensión para los puntos de consumo del Ayuntamiento de Huesca», promovido por el Ayuntamiento de Huesca. El mismo anuncio fue publicado el 16 de febrero de 2017 en el Boletín Oficial de la Provincia de Huesca, y el 1 de marzo de 2017 en el Boletín Oficial del Estado.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado mediante procedimiento abierto, dividido en tres Lotes, tramitación ordinaria, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 4 951 438,07 euros, IVA no incluido.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación establece en su Anexo VII,

«criterios de adjudicación de las ofertas sujetos a evaluación posterior», respecto al Lote 2 «Suministros en general destinados a edificios o locales municipales, o de dependencia municipal, con potencia contratada >10 kw», lo siguiente:

> **«1.4.- Propuesta para el desarrollo de cursos de formación del personal municipal en relación con la energía, el ahorro y la eficiencia energética. Hasta un máximo de 5 puntos.**
>
> Se asignará un punto por cada unidad de desarrollo, en cada uno de los lotes en que están divididos los suministros, valorada en:

Precio por actuación	1.250 €

TERCERO.- Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se presentan dos licitadores: ENDESA ENERGÍA, S.A.U (en adelante, ENDESA), que concurre a los tres Lotes; y AURA ENERGÍA, S.L (en adelante, AURA), que concurre al Lote 2.

CUARTO.- El 22 de marzo de 2017, se reúne la Mesa de contratación para analizar la documentación administrativa presentada por los licitadores, admitiéndose a los dos y procediendo a continuación a la apertura de las ofertas económicas y los criterios de valoración sujetos a evaluación posterior. Se solicita subsanación a ENDESA, puesto que su oferta económica está sin firmar, concediéndole un plazo de tres días para ello. Una vez subsanada, se remite la documentación a los Servicios Generales del Ayuntamiento de Huesca para que elaboren el correspondiente informe técnico.

El 12 de abril de 2017, la Mesa de contratación conoce el informe técnico, en el que se propone como adjudicataria a ENDESA para los tres Lotes, por considerar su oferta como la económicamente más ventajosa. Sin embargo, la Mesa no comparte el criterio del informe

técnico para AURA en relación con el apartado de «formación del personal» —se le otorgaba cero puntos—, acuerda otorgarle 1 punto y proponer al órgano de contratación la adjudicación del Lote 2 a dicha empresa, y de los Lotes 1 y 3 a ENDESA.

El 18 de abril de 2017, la Junta de Gobierno Local, vista la propuesta de la Mesa de contratación, adopta el acuerdo de requerir la documentación prevista en el PCAP, de acuerdo con el artículo 151.2 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), a las empresas propuestas como adjudicatarias.

El 21 de abril de 2017 consta en el expediente la recepción por ENDESA de la notificación del Acuerdo del Ayuntamiento en virtud del cual se requiere a las eventuales adjudicatarias la mencionada documentación En dicho requerimiento se da a las interesadas la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

El 2 de mayo de 2017, ENDESA solicita vista del expediente, concediéndose dicho trámite el 5 de mayo de 2017.

QUINTO.- El 12 de mayo de 2017 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Huesca, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.ª Claudia Sánchez Yanquez, en nombre y representación de la mercantil ENDESA ENERGÍA S.A.U, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de abril de 2017, por el que se requiere a la empresa AURA ENERGÍA, S.L para la presentación de la documentación necesaria, al haber sido propuesta por la Mesa de contratación como adjudicataria del Lote 2 del contrato denominado «Suministro de energía eléctrica en baja tensión para los

puntos de consumo del Ayuntamiento de Huesca», promovido por el Ayuntamiento de Huesca.

El 16 de mayo de 2017, el órgano de contratación remite por correo electrónico al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el expediente completo y un informe en relación con el recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP. Dicha documentación tiene entrada en el Tribunal, en papel, el 25 de mayo de 2017.

El 12 de mayo de 2017, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

El recurso se interpone contra el mencionado Acuerdo de solicitud de documentación, porque presume la asunción por parte del órgano de contratación de la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de contratación, que se separa del informe técnico de valoración emitido al efecto con respecto al Lote 2, constituyendo éste un acto de trámite cualificado que influye directa o indirectamente en la adjudicación del contrato.

Alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que, en relación con el Anexo VII, cláusula 1.4 del PCAP, las dos propuestas presentadas por las licitadoras ofertan para el Lote 2 una iniciativa de formación profesional muy similar, sin que ninguna de ellas incluya un desglose de horas formativas y precios que permita calcular su valoración económica. Por ello, ambas propuestas deberían valorarse con los mismos criterios.

b) Que el informe técnico proponía a ENDESA como adjudicataria también del Lote 2, al haber obtenido la mayor puntuación global. Sin embargo, la Mesa se aparta del criterio técnico al entender que el informe no tuvo en cuenta la oferta de formación del personal municipal propuesta por AURA, otorgándole un punto más. Pero en realidad, sí se había tenido en cuenta dicha oferta, que obtuvo, al igual que ENDESA, cero puntos por no indicar el importe económico de las actividades propuestas.

c) Que no se ha motivado la decisión de la Mesa por la que se aparta del criterio seguido en el informe técnico, y tampoco se ha efectuado una nueva valoración de las ofertas de las dos licitadoras justificada técnicamente, como tendría que haberse hecho al considerar incorrecta la valoración inicial.

Por lo anteriormente expuesto solicita la anulación de la valoración efectuada por la Mesa de contratación con respecto al Lote DOS, ajustándose a la valoración del informe técnico o, en caso de considerarla incorrecta, se proceda a una nueva valoración aplicando los mismos criterios a ambas ofertas, respetando los principios de igualdad de trato y no discriminación. Solicitan también la suspensión del procedimiento.

SEXTO.- El informe del órgano de contratación solicita la subsanación del recurso, puesto que no está firmado por la representante de la recurrente, y se muestra contrario a las alegaciones esgrimidas, al considerar que la actuación de la Mesa de contratación fue correcta.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso especial se plantea frente a la solicitud de documentación a la propuesta como adjudicataria del Lote 2 de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).

SEGUNDO.- Se hace en este punto preciso examinar si el recurso ha sido interpuesto frente a un acto de los incluidos en el artículo 40.2 TRLCSP, tal y como sostiene el órgano de contratación en el informe emitido.

Debe ponerse de manifiesto a este respecto que el artículo 40.2 TRLCSP (al que remite el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011), delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en concreto:

> a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
>
> 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.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

A estos efectos, el acto recurrido —acuerdo del órgano de contratación por el que se requiere a la eventual adjudicataria del Lote 2 la presentación de la documentación necesaria— no se encuentra entre los supuestos regulados en este artículo 40.2 b) TRLCSP y no es, por tanto, susceptible de recurso.

Como tiene establecido este Tribunal administrativo en su doctrina —entre otros, Acuerdos 26/2011, 30/2012, 2/2014, 109/2015, 5/2016, 95/2016 Y 39/2017—, las actuaciones tendentes a la adjudicación, como son requerir la documentación prevista en el PCAP, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, a las empresas propuestas como adjudicatarias, no tienen la consideración de «*actos de trámite*», en los términos señalados en el apartado b) del artículo 40 TRLCSP, que acaba de transcribirse.

Hay que recordar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación—que pone fin al mismo, y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases, con actos y con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son de impulso del procedimiento, que por si mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que el TRLCSP establece es que no son impugnables

separadamente, salvo que la norma los considere de una importancia especial —en términos legales, 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— por un principio de concentración procedimental. Circunstancia que no concurre en este caso, donde se recurre la solicitud de la correspondiente documentación a la eventual adjudicataria del Lote DOS.

No es hasta que la licitadora propuesta como adjudicataria presente la documentación requerida, cuando el órgano de contratación deberá adjudicar el contrato a su favor, tal y como establece el artículo 151 TRLCSP, notificándose entonces la adjudicación al resto de licitadores y publicándose en el perfil de contratante, momento en el que podrán interponer recurso frente a la misma.

En consecuencia, hay que declarar la inadmisión del recurso presentado, por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1 c) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la recurrente de impugnar la adjudicación, cuando ésta se produzca.

Es criterio general que apreciada la inadmisibilidad del recurso no proceda el examen de los motivos de fondo planteado. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad.

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.- Inadmitir el recurso especial, presentado por D.ª Claudia Sánchez Yanquez, en nombre y representación de la mercantil ENDESA ENERGÍA S.A.U, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de abril de 2017, por el que se requiere a la empresa AURA ENERGÍA, S.L para la presentación de la documentación necesaria, al haber sido propuesta por la Mesa de contratación como adjudicataria del Lote DOS del contrato denominado «Suministro de energía eléctrica en baja tensión para los puntos de consumo del Ayuntamiento de Huesca», promovido por el Ayuntamiento de Huesca, por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- 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.