

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

En Madrid, a 25 de febrero de 2015.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por doña M.G.M., en nombre y representación de la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (en adelante CEPSA) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de enero de 2015 por el que se la excluye del procedimiento de contratación del Suministro de Gasóleo C para la dependencias del Ayuntamiento de Leganés, nº 24/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 12 y 25 de noviembre de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de Suministro de Gasóleo C para las dependencias del Ayuntamiento de Leganés con un valor estimado de 1.280.000,00 euros, IVA excluido y un plazo de ejecución de cuarenta y ocho meses.

A la licitación convocada se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Interesa destacar, en relación con el objeto del recurso, que tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) como el de Prescripciones Técnicas (PPT) establecen lo siguiente sobre el precio de licitación:

*“1.- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN*

*El precio de licitación será el precio unitario de la prima en € con cuatro decimales (PM: el precio unitario de la prima en € con cuatro decimales (PM;#;#### €/l) de acuerdo con el art.302 del TRLCSP, siendo el único factor a licitar de la fórmula para la fijación del precio del gasóleo C, antes del IVA.*

*FÓRMULA PARA LA FIJACIÓN DEL PRECIO DE REFERENCIA DE GASÓLEO C.*

*La determinación del precio de referencia a pagar por litro de gasóleo C (antes de la aplicación del IVA) en cada momento de la vigencia del contrato se realizará mediante la aplicación de la siguiente fórmula:*

$$Pr (\text{€/l})=(Pp*D)+PM+IIEE.$$

*Pr (€/l): El precio de referencia a pagar por litro de gasóleo C antes del I.V.A. en €.*

*Pp (€/kg): Precio referencia PLA TTS: valor del día del suministro publicado en PLA TT'S EUROPEAN MARKETSCAN.*

*CARGUES: CIF MED (GENOVA/LA VERA) GASOIL 0.1 % (ABWGOOO) €/mt.*

*D (kg/l): Densidad del gasóleo equivalente a 0.855 Kilogramos por litro. Esta densidad permanecerá invariable a lo largo de la duración del contrato.*

*Pm (€): Prima %. Importe variable a determinar por el licitador, incluye costes desactivación, logística, distribución, costes generales, beneficio empresarial, etc.*

*Siendo el precio unitario de licitación éste el factor de la formula que las empresas licitadora tiene que ofertar al ser el resto independientes del licitador.*

*IIEE: Impuestos Especiales, Impuesto Especial de Hidrocarburos, Impuesto de*

*Ventas Minoristas determinados Hidrocarburos.”*

Por otro lado el Anexo II del PCAP determina el Modelo de Proposición Económica de la siguiente forma:

*“Se deberá ofertar el precio unitario de la prima (PM).*

*DESCRIPCIÓN DE LA OFERTA: €/l (Sin IVA).*

*Importe de la prima (PM) a aplicar en la fijación del precio de referencia de gasóleo*

*C, sin IVA: #,####.*

*La presentación de esta oferta supone la aceptación por el licitador de la fórmula para la fijación del precio de referencia del gasóleo C del apartado 1 del pliego de prescripciones técnicas”.*

**Segundo.-** El día 22 de diciembre la recurrente dirige un correo electrónico a la Unidad de Contratación del Ayuntamiento, que aporta junto con su recurso, en el que solicita se le aclare la forma de fijar la prima en la oferta económica, concretamente se pregunta: *“A la hora de fijar la prima correspondiente a la oferta económica, según el artículo 1 del pliego, creemos entender que lo que se nos solicita es un porcentaje de incremento sobre el precio de referencia. Sin embargo, una vez nos disponemos a cumplimentar el anexo II correspondiente a la oferta económica, se nos solicita un importe en €/l con 4 decimales.*

*¿Podría aclararnos qué tipo de prima precisan, si un %, o una referencia fija en €/l?”.*

Dicha consulta es contestada el día 26 de diciembre, con el siguiente tenor literal *“En contestación a su correo electrónico recibido y de conformidad con lo establecido en el punto 1 del Pliego de condiciones técnicas los licitadores deberán indicar tan solo el precio de la prima (punto 3 del pliego de condiciones técnicas) a aplicar en la fórmula para la fijación del precio de referencia del gasóleo.*

*La prima según se indica en el punto 10 del Pliego de condiciones técnicas se establecerá en % cuando señala el indicado punto 1 al establecer la fórmula para la fijación del precio de referencia de gasóleo C:*

*“Pm(€) Prima(%): Importe variable a determinar por el licitador, incluye costes, desactivación, logística, distribución, costes generales, beneficio empresarial, etc. Siendo el precio unitario de licitación éste el factor de la fórmula que las empresas licitadoras tienen que ofertar al ser el resto independientes del licitador.”*

**Tercero.-** Una vez presentadas las ofertas, con fecha 9 de enero de 2015, se reúne la Mesa de contratación a fin de abrir los sobres correspondientes a las proposiciones económicas y tras el subsiguiente informe de valoración, se acuerda en reunión celebrada el día 16 de enero, excluir a CEPSA de la licitación al no haber presentado la oferta según el modelo de proposición económica del Anexo II, estando expresada la oferta en tanto por ciento en lugar de €/l.

El contenido del Acta fue notificado por correo electrónico con fecha 20 de enero de 2015 indicando que *“al no ser posible convertir el porcentaje indicado en la oferta presentada por dicha empresa a €/l, ya que no se indica sobre que se aplica ese porcentaje, no teniendo conocimiento si es sobre el precio final, el precio de referencia o sobre el precio de referencia más el impuesto de hidrocarburos”*.

**Cuarto.-** Frente a dicho Acuerdo y previa la realización del anuncio previsto en el artículo 44 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), la empresa CEPSA, interpuso recurso especial en materia de contratación el 5 de febrero de 2015, ante el órgano de contratación que lo remitió al Tribunal, con fecha 12 de febrero, junto con el expediente de contratación y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

La recurrente solicita que se anule su exclusión considerando que su oferta se ha presentado de forma correcta, de acuerdo con el PCAP y con las indicaciones recibidas, siendo además la más ventajosa para el Ayuntamiento. Subsidiariamente, solicita se le otorgue plazo de subsanación de la oferta al entender que se trata de un defecto subsanable y por lo tanto no determinante de la exclusión. Igualmente alega falta de motivación del Acuerdo ya que sostiene que el porcentaje ofertado

queda claro que debe aplicarse a la fórmula prevista en el Pliego por lo que la razón de la exclusión es insuficiente.

Asimismo se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, que fue adoptada por este Tribunal el 18 de febrero de 2015.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, manifiesta que *“Queda claro pues que se deberá ofertar el precio unitario de la prima en € con cuatro decimales (PM: #,#### €/l), de acuerdo con el art. 302 del TRLCSP, siendo el único factor a licitar de la fórmula para la fijación del precio del precio del gasóleo C, antes del IVA por lo que se debería haber indicado en la oferta un precio unitario en euros con cuatro decimales.*

*El recurrente realiza la oferta económica del siguiente modo, tal como consta en expediente: Importe de la prima (PM) a aplicar en la fórmula de fijación del precio de referencia del gasóleo: 9,34%.*

*En consecuencia y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 145.1 del TRLCSP cuando determina que Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, la oferta presentada por la empresa COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U no se ajusta a las previsiones determinadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Por otra parte se alega por la recurrente que se incumple el principio de confianza legítima porque consultó la duda mediante correo electrónico y dice se le contestó que la prima debe indicarse en porcentaje, motivo por el cual presenta la oferta económica en base a las indicaciones dadas.*

*Con fecha 22 de diciembre de 2014, fuera del plazo establecido en la cláusula 9 del PCAP para solicitar información adicional, se solicitó información mediante mail a la Sección de Contratación. Con fecha 26 de diciembre de 2014 se envió correo desde el departamento de contratación en el que se transcribe el punto 3 del PPT*

*relativo al precio prima a aplicar en la fórmula para la fijación del precio de referencia del gasóleo”.*

**Quinto.-** Con fecha 13 de febrero de 2015, se concedió a los interesados en el procedimiento, trámite de audiencia, no habiéndose presentado ningún escrito de alegaciones.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

**Segundo.-** En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”.*

Habiéndose remitido la notificación del Acuerdo de exclusión el día 20 de enero de 2015 y siendo interpuesto el recurso el día 5 de febrero, el mismo se presentó en plazo.

**Tercero.-** El recurso se ha interpuesto contra el Acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación, acto de trámite de cualificado, de un contrato de suministro, con un valor estimado de 1.280.000,00 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

**Cuarto.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

**Quinto.-** Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta exclusión de la oferta presentada al no haberse tenido en cuenta el criterio expresado en los PCAP y PPT y que le fue comunicado por el órgano de contratación relativo a la expresión de la cantidad de la prima a ofertar que constituye el precio de la licitación.

Por su parte el órgano de contratación por las razones expuestas mantiene que tanto el PCAP como la Propuesta económica del Anexo II no dejan lugar a dudas sobre la forma de expresión de la prima: €/l.

Debe tenerse en cuenta, como este Tribunal viene reiterando en sus Resoluciones, que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009) debiendo incorporarse al contrato tal y como señala el artículo 115.3 del TRLCSP para el caso de los PCAP, que es el documento en que se recogen los derechos y obligaciones de las partes, y donde deben consignarse los criterios de adjudicación, siendo en este caso el criterio precio el elemento, que propicia la controversia objeto del presente recurso.

Respecto de tales criterios, el artículo 150 del TRLCSP, en lógica congruencia con los principios de publicidad y transparencia que deben regir la contratación pública (artículo 1 y 139 del TRLCSP), previene en su apartado 2 que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se detallarán en el anuncio, en los PCAP, o en el documento descriptivo.

Por otro lado, es cierto que el criterio precio para la adjudicación del contrato viene establecido de forma confusa en la redacción del PCAP y del PPT, ya que por



un lado se habla de €/l mientras que en la explicación de la fórmula para determinar el precio de referencia se dice expresamente “Pm(€): Prima(%)”.

Sin embargo, una interpretación conjunta de las cláusulas y del modelo de proposición económica, llevan a la conclusión de que la prima debe fijarse en euros /l, siendo esta la única manera de aplicar la fórmula incluida, puesto que un % sin especificar sobre la cantidad en la que se aplica, impediría calcular el precio de referencia en la forma prevista.

Ante la aparente confusión en la redacción de los Pliegos, la recurrente plantea la cuestión sobre la forma de expresar la prima con una pregunta muy clara: *¿Podrían aclararnos qué tipo de prima precisan si un %, o una referencia fija en €/l?*

El apartado segundo del artículo 158 del TRLCSP permite a los licitadores solicitar información adicional sobre los pliegos o sobre la documentación complementaria, pero no previene la existencia de un trámite de consultas y el carácter de las respuestas que se evacúen. Únicamente se regula esta cuestión para los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos, en los artículos 131.2 y 133.3 del TRLCSP respectivamente, que establecen que las mismas sean públicas y vinculantes, siempre que así se haya previsto en los pliegos, precepto que podría aplicarse analógicamente, al resto de los contratos.

Ahora bien, en este caso el PCAP no prevé de forma expresa este trámite de consulta vinculante, pero sí ofrece en el anuncio los datos del centro ante el que puede solicitarse información, opción que utiliza la recurrente. Por lo tanto, aunque no nos hallamos estrictamente ante una consulta vinculante, es claro que dicha contestación determina la realización de una oferta por parte de la recurrente, que en este caso resulta perjudicial para su interés de obtener la adjudicación del contrato, por lo que este Tribunal considera que en principio la pretensión de la recurrente debería estimarse en virtud del principio de confianza legítima.



Sin embargo, cabe tener en cuenta otras consideraciones, en tanto en cuanto el resto de los licitadores y singularmente el posterior adjudicatario, también en virtud del principio de confianza legítima, con base a la literalidad del PCAP, efectuaron sus ofertas sin conocer el contenido de la consulta y de la contestación efectuada, y no pueden ver perjudicados sus intereses, por una eventual resolución estimatoria de este Tribunal que no tuviera en cuenta, la actuación de la unidad de contratación en torno a la consulta efectuada, sin observar precaución alguna relativa a la salvaguarda de los principios de igualdad, libre concurrencia y publicidad de la contratación pública.

**Sexto.-** Sentado lo anterior este Tribunal considera que es imprescindible analizar la incidencia de la respuesta efectuada a la consulta realizada por la recurrente, sobre el PCAP.

La respuesta recibida no contesta a la pregunta formulada que como decíamos es de gran claridad. Por el contrario, dicen que *“deberán indicar tan solo el precio de la prima”*, sin aclara si ese precio es una referencia fija o un % y añaden que *la prima según se indica en el punto 1º de pliego de Condiciones Técnicas se establecerá en % cuando señala el indicado punto 1 al establecer la fórmula para la fijación del precio de referencia del gasóleo C.”*

De esta respuesta no puede más que concluirse que la prima debe establecerse en un %, por más que dicha interpretación contradiga el modelo de proposición económica y la primera referencia expresada en los Pliegos, que es la que han considerado los demás licitadores.

Además de constituir la ley de contrato, los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni una vez adjudicado el contrato. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del

procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos.

Así el artículo 115 del TRLCP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares se aprobarán con anterioridad a la licitación del contrato, de manera que tanto los derechos y obligaciones de las partes del contrato, como el resto de las menciones que deben contener de acuerdo con la Ley, entre ellas los criterios de valoración, deben fijarse con carácter previo, como es obvio, a la realización de las ofertas.

Cabe traer a colación la jurisprudencia de la Unión Europea recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, que tiene por objeto una cuestión prejudicial en el Asunto EVN AG/Wienstrom GmbH, referida a la inalterabilidad de los criterios de adjudicación en los procedimientos de licitación, cuando señala: *“Se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 9” (...). “Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación”.*

Cualquier alteración de los requisitos, exigencias u obligaciones previstas en los documentos por los que debe regirse la contratación, tanto durante el procedimiento de licitación, como una vez concluido este, debe producirse en los términos legalmente establecidos. Así la ley prevé el procedimiento y los casos en que es posible la modificación de los contratos, una vez adjudicados los mismos, como indica el artículo 219 de TRLCSP; que a su vez remite al título V del Libro primero, mientras que en el caso de que antes de adjudicarse el contrato se detecte una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, singularmente en los pliegos, el

artículo 155.4 del TRLCSP permite al órgano de contratación desistir del procedimiento de licitación iniciado, siempre que el desistimiento esté fundado, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Todo ello en aras al principio de transparencia e igualdad de trato a los licitadores que debe regir en los procedimientos de licitación, de acuerdo con los artículos 1 y 139 del TRLCSP: *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

Por lo tanto, considerando que la contestación efectuada a la recurrente implica una modificación del PCAP, solo para aquella, resulta claro que se ha realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que determina la nulidad de tal modificación, ex artículo 32 del TRLCSP en relación con el artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC, de manera que no podría aplicarse el criterio que implica la alteración de los pliegos, como solicita la recurrente, lo que llevaría a la desestimación del recurso.

No obstante lo anterior, como hemos señalado resulta patente el perjuicio de la recurrente que actuó en la confianza de la adecuación a derecho de la actuación de la unidad de contratación, para cuyo resarcimiento puede ejercitar las acciones que considere pertinentes, sin que este Tribunal pueda pronunciarse al respecto, en virtud del principio de congruencia que debe presidir sus resoluciones, dado que el artículo 46 del TRLCSP al regular el contenido de las mismas, requiere la solicitud del recurrente para que la resolución pueda imponer al órgano de contratación la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado.

**Séptimo.-** En cuanto a los dos motivos restantes del recurso: carácter subsanable de la oferta presentada y falta de motivación suficiente de la resolución recurrida, ambos deben rechazarse. En el primer caso por las razones expuestas por el órgano de contratación, no habiendo expresado la oferta sobre qué cantidad se aplica el porcentaje indicado, no puede traducirse la misma en un número entero, y permitir ahora que el licitador indique esa cantidad, una vez conocidas las ofertas de los

demás supondría una vulneración de las normas del concurso y otorgarle una clara ventaja sobre sus competidores. Por lo tanto, no cabe subsanación en este caso.

Respecto a la suficiente motivación del acuerdo de exclusión, resulta evidente que dicho acuerdo contiene todas las razones y fundamentos de la Mesa para decidir la exclusión de la recurrente y precisamente es esa motivación y su contenido contra lo que se argumenta en el primer motivo del recurso. Otra cosa es que la recurrente alegue que la motivación es errónea, por interpretar a su juicio indebidamente los Pliegos, pero eso no significa que sea insuficiente.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse.

**En su virtud**, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña M.G.M., en nombre y representación de la Compañía Española de Petróleos, S.A.U., (en adelante CEPSA) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de enero de 2015 por el que se la excluye del procedimiento de contratación del Suministro de Gasóleo C para la dependencias del Ayuntamiento de Leganés, nº 24/2014.

**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 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Levantar la suspensión del expediente acordada por el Tribunal con fecha 18 de febrero de 2015.

**Cuarto.-** 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 TRLCSP.