

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Iberdrola Clientes, S.A.U. (en adelante IBERCLI) contra la Resolución de la Alcaldía, de 25 de febrero de 2022, por la que se tiene por retirada su oferta presentada, Lotes 1 y 3, y le impone penalidad en el contrato “*suministro de energía eléctrica y gas natural en centros gestionados por el Ayuntamiento de Tres Cantos*” número de expediente 2021/07/Con, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 15 de junio de 2021 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento negociado con publicidad y dividido en cuatro lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 3.559.334,53 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 9 de julio de 2021, el órgano de contratación invita a las empresas seleccionadas, entre las que se encuentra IBERCLI, para que presente ofertas.

El 12 de julio de 2021, se remite escrito de invitación a la mercantil recurrente, que es aceptada el 14 de julio, presentando su oferta el posterior 19 para los lotes 1 y 3.

El 27 de julio de 2021, la mesa de contratación procede a la apertura de las ofertas económicas entre ellas, la de IBERCLI, lotes 1 y 3.

El 20 de septiembre de 2021, IBERCLI solicita la retirada de su oferta.

El 23 de septiembre de 2021, mediante resolución del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos se desestima la solicitud de la recurrente de retirada de oferta.

El 28 de septiembre, acuerdo de la mesa “*apertura de la oferta económica*” ya finalizado el plazo de la primera y última ronda de negociación en fecha 27 de septiembre.

El 15 de octubre, IBERCLI presenta recurso de reposición frente a la desestimación de retirada de su oferta.

El 26 de octubre, se emite informe con propuesta de resolución al recurso de reposición presentado por la mercantil ante la desestimación de retirada de la oferta.

El 28 de octubre de 2021, la mesa de contratación propone adjudicar los lotes 1 y 3 a IBERCLI, propuesta que es aceptada por el órgano de contratación el 11 de noviembre de 2021, requiriendo la documentación exigida en la cláusula 15ª del PCAP.

El 4 de noviembre, la Junta de Gobierno Local aprueba la propuesta de desestimar el recurso de reposición interpuesto que es notificada al interesado el día 15.

El 25 de febrero de 2022, el órgano de contratación acuerda:

“(…)

3.º TENER POR RETIRADA la oferta presentada por *IBERDROLA CLIENTES SAU con CIF A95758389*, en el procedimiento de licitación del contrato de referencia y en relación a los Lotes 1º y 3º, frente y/o a favor del siguiente licitador *ENDESA ENERGÍA SAU con CIF A81948077*, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, toda vez que no se ha cumplimentado por dicho licitador el requerimiento en el plazo señalado, de la documentación establecida en la cláusula 15a del pliego de cláusulas administrativas particulares.

4.º EXIGIR a *IBERDROLA CLIENTES SAU con CIF A95758389*, el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA. excluido, en concepto de penalidad.

Todo de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP y por los fundamentos expuestos en el cuerpo jurídico del presente informe, y cuyo importe asciende a **97.349,34 €**. (sumatorio de las dos penalidades, del Lote 1º y Lote 3º), como se indica a continuación:

Lote 1º: Base imponible 2.723.557,49 € (sin IVA) x 3 % = 81.706,73 euros

Lote 3º: Base imponible 521.420,46 € (sin IVA) x 3 % = 15.642,61 euros

Total, importe de la sanción = 97.349,34 euros

(…)”.

Tercero.- El 22 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de *IBERCLI* contra los puntos 3 y 4 del Acuerdo de la Resolución de 25 de febrero de 2022 del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos solicitando la anulación de dichos apartados por ser justificada la retirada de su oferta y no ser procedente la exigencia de penalidad alguna.

El 7 de abril de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora en el presente procedimiento de contratación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 25 de febrero de 2022, practicada la notificación el 3 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso el 22 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Procede examinar 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.

Quinto.- Manifiesta el recurrente que el Ayuntamiento argumentaba la utilización del procedimiento negociado con publicidad, aludiendo precisamente a la volatilidad de los precios del mercado energético y la necesidad de establecer un procedimiento ágil, circunstancia que resulta contradictoria con que la primera oferta se solicite en julio del 2021 y la invitación de la segunda oferta se realice en el mes de septiembre de 2021 y que precisamente es la dilación en el tiempo que ha sufrido este expediente lo que obliga a IBERCLI a retirar su oferta.

Añade, que hasta el 25 de febrero de 2022 no se ha producido la adjudicación del contrato, es decir han transcurrido prácticamente cinco meses desde que finalizó el plazo para presentar las segundas ofertas, esto es el 28 de septiembre de 2021.

Tras el escrito de retirada de oferta de IBERCLI el 14/09/2021, motivado por el incumplimiento por el Ayuntamiento de los plazos para la adjudicación, el Ayuntamiento responde indicando que la oferta es vinculante y que *“el licitador queda obligado a mantener la oferta presentada hasta la finalización del procedimiento”* y que *“los contratos se realizan a riesgo y ventura del contratista”*.

Pues bien, es cierto que los contratos se realizan *“a riesgo y ventura del contratista”* pero también es cierto que el contratista no puede mantener su oferta *sine die* a costa del incumplimiento de plazos por la Administración, porque ello supondría romper el equilibrio económico del contrato, que también rige en la contratación administrativa. De hecho, por eso la LCSP permite la retirada de ofertas si dicha retirada se considera *“justificada”*.

Añade que la retirada de su oferta se ha realizado antes de haber sido propuesto como adjudicatario y es justificada. Al respecto se remite al artículo 150.2 de la LCSP que establece la imposición de una penalidad del 3% del presupuesto, al licitador que retira su oferta, una vez que hubiera sido propuesto adjudicatario y que se le hubiera requerido la documentación.

Por ello, considera que la retirada de la oferta está justificada y no está dentro del supuesto incluido en el artículo 150.2 de la LCSP y no procedería aplicar las consecuencias de la retirada de ofertas ni exigir el importe de 97.349,34 euros en concepto de penalidad.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en relación con la demora en el cumplimiento de los plazos que la presentación de la oferta por parte del licitador supone la aceptación incondicionada de los pliegos, y se remite al *iter* procedimental que detalla en los antecedentes de hecho en su informe, indicando que el tiempo transcurrido desde la notificación al licitador para que presentara su oferta (19/07/2021) hasta la presentación de su escrito de solicitud de retirada de la oferta (20/09/2021) periodo que alega haber transcurrido más de dos meses desde el inicio, confunde esos dos meses que son de aplicación a los procedimientos abiertos, según

se desprende del artículo 158.2 de la LCSP y no es de aplicación al procedimiento negociado con publicidad.

Añade que el licitador no es que no esté obligado a mantener su oferta “*sine die*” sino que está obligado a mantenerla durante el procedimiento de licitación y durante todo el tiempo que dure el contrato, al igual que la Administración está obligada a dar cumplimiento al pago del contrato durante el tiempo que dure la relación contractual. Añade que el contrato se ejecuta a “*riesgo y ventura*” tal y como indica el PCAP y la LCSP.

Manifiesta que la “*negociado con publicidad*” no le es de aplicación el límite de los dos meses, por no exigirlo la LCSP y además indica que la cláusula 13 “*Negociación del contrato y propuesta de adjudicación*” del PCAP, pliego público y aceptado por la mercantil ahora recurrente se señala lo siguiente, “*Las proposiciones presentadas tienen carácter firme y deben mantenerse, en todo caso, hasta el plazo máximo de resolución del procedimiento*”, como así se reitera el apartado 8 del Anexo I de dicho pliego, estando obligado por tanto el licitador a mantener la oferta presentada hasta la finalización del proceso sin el límite de los dos meses.

Por ello considera que la solicitud de retirada de la oferta no es conforme a derecho y por ello dicha retirada se produce una vez que es requerida para que presente la documentación del artículo 150.2 de la LCSP y ante el incumplimiento, la consecuencia es la imposición de la penalidad, que es un acto reglado.

Vistas las alegaciones de las partes procede en primer lugar remitirse a la Resolución del órgano de contratación por la que se desestima la solicitud de retirada de la oferta de IBERCLI.

En dicha Resolución se ponía de manifiesto que: “*Es obligado recordar a la mercantil licitadora, que el PCAP, recoge, así mismo, en su cláusula 13. “Negociación del contrato y propuesta de adjudicación” que las “Las proposiciones presentadas tienen carácter firme y deben mantenerse, en todo caso, hasta el plazo máximo*

de resolución del procedimiento” y, como así se reitera el apartado 8 del Anexo I del propio pliego administrativo. Estando obligado el licitador, por lo expuesto a mantener la oferta presentada -voluntariamente- al proceso de licitación”.

Además, en la reiterada Resolución ya se hacía referencia a las posibles consecuencias de la retirada de la oferta no aceptada, tales como incurrir en la causa de prohibición de contratar o la imposición de penalidades.

La mercantil interpuso recurso reposición contra la Resolución por la que se desestima la solicitud de retirada de oferta. Dicho recurso de reposición es desestimado.

No es competencia de este Tribunal revisar la Resolución del recurso de reposición dictada por el órgano de contratación pues dicha actuación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, lo anterior este Tribunal considera oportuno poner de manifiesto que el plazo de 2 meses alegado por el recurrente es de aplicación al procedimiento abierto y no al presente.

Al respecto es preciso recordar 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 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la

relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Por lo tanto, una vez determinado que a pesar de la solicitud de IBERCLI, su oferta no estaba retirada, procede analizar si corresponde la penalidad impuesta.

El recurrente fue propuesto adjudicatario y por ello se le requirió la documentación correspondiente de conformidad con el artículo 150.2. Finalizado el plazo no presentó documentación alguna por lo que, en consecuencia, es de aplicación el citado artículo *“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71”*.

De acuerdo con lo anterior procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Iberdrola Clientes, S.A. contra la Resolución de la Alcaldía, de 25 de febrero de 2022, por la que se tiene por retirada su oferta presentada, lotes 1 y 3, y le impone penalidad en el contrato *“suministro de energía eléctrica y gas natural en centros gestionados por el Ayuntamiento de Tres Cantos”* número de expediente 2021/07/Con.

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 59 de la LCSP.