

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

En Madrid, a 16 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Endesa Energía, S.A.U. (en adelante Endesa) contra la Resolución de la Alcaldía, de 3 de mayo de 2022, por la que se tiene por retirada su oferta presentada a los Lotes 1 y 3 del contrato de *“suministro de energía eléctrica y gas natural en centros gestionados por el Ayuntamiento de Tres Cantos”*, número de expediente 2021/07/CON, y se le impone penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 15 de junio de 2021 en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Tres Cantos, alojado en la Plataforma de 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 licitadores, entre ellos el

recurrente.

Segundo.- Mediante Resolución de 9 de julio de 2021, el órgano de contratación invita a Endesa a presentar oferta, por ser una de las empresas seleccionadas.

Por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 27 de julio de 2021, se procede a la apertura de las ofertas económicas presentadas; en concreto y por lo que se refiere a Endesa, en fecha 19 de julio de 2021, para los cuatro lotes del contrato.

El fecha 20 de septiembre de 2021, otro de los licitadores en el procedimiento, Iberdrola Clientes, S.A.U. solicita la retirada de su oferta, solicitud que se desestima por Resolución del órgano de contratación de fecha 23 del mismo mes.

Por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 28 de octubre de 2021, se clasifican las ofertas presentadas a la licitación y se propone la adjudicación de los lotes 1 y 3 a Iberdrola Clientes, S.A.U. y del lote 2 a Endesa; así como la declaración de desierto del lote 4.

Por el órgano de contratación se acepta la propuesta de la mesa en fecha 11 de noviembre de 2021 y se requiere la documentación previa a la adjudicación a los licitadores señalados.

No cumplimentándose el citado requerimiento por parte de Iberdrola Clientes, S.A.U. para los lotes 1 y 3, por Resolución del mismo órgano de 25 de febrero de 2022, se acuerda tener por retirada la oferta presentada por Iberdrola Clientes, S.A.U. en relación a los lotes 1 y 3, en favor del siguiente licitador, ahora recurrente, Endesa, a quien se requiere la documentación establecida en la cláusula 15 del PCAP. En esta misma Resolución se impone una penalidad a Iberdrola Clientes, S.A.U. por importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP; penalidad que fue objeto de recurso especial ante este Tribunal que dictó Resolución 151/2022 en sentido desestimatorio.

Notificado el requerimiento de documentación a Endesa en fecha 18 de marzo de 2022 y una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para su presentación, esta mercantil no presenta documentación alguna.

Por Resolución del órgano de contratación, de fecha 3 de mayo de 2022, se tiene por retirada la oferta presentada por Endesa a los lotes 1 y 3 y se le impone una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

Tercero.- El 31 de mayo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Endesa contra el punto 3º del Acuerdo adoptado mediante Resolución, de 3 de mayo de 2022, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos, solicitando la anulación de la exigencia de una penalidad por entender justificada la retirada de su oferta.

El 10 de junio 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 (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

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 3 de mayo de 2022, practicada la notificación el 10 de mayo de 2022, e interpuesto el recurso el 31 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Procede examinar si el acto impugnado es susceptible de recurso especial y, por ende, si este Tribunal es competente para su resolución.

La imposición de una penalidad no es un acto de los enumerados de forma específica por el artículo 50 de la LCSP, por lo que 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*”.

Considerando que la imposición de una penalidad supone un perjuicio irreparable para el licitador, como ha reconocido tanto el TACRC en sus resoluciones 284/2013, de 27 de junio y 325/2015, de 17 de abril de 2015, como este Tribunal en

sus Resoluciones 6/2015, de 14 de enero, y 286/2017, de 11 de octubre, debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, tratándose además de un contrato de suministros de cuantía superior a 100.000 euros.

Quinto.- Entrando ya en el fondo del asunto, basa el recurrente su oposición a la imposición de la penalidad en dos motivos:

- Endesa ejerció su derecho de retirar la oferta para los lotes 1 y 3 una vez transcurrido el plazo obligatorio de mantenimiento de ofertas, de conformidad con el anuncio de licitación y con el artículo 158 de la LCSP, pues la solicitud de retirada se realizó transcurridos 9 meses desde su presentación.
- La retirada de la oferta se solicitó atendiendo a circunstancias sobrevenidas e inimputables a la empresa, que hacían inviable la ejecución del contrato al producirse una quiebra radical y absoluta del equilibrio económico del contrato, no procediendo la imposición de penalidad, a juicio del recurrente, por la retirada de la oferta, al no existir causa imputable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153.4 de la LCSP.

No comparte el órgano de contratación ninguno de los dos argumentos del recurrente, pues entiende que la oferta es vinculante y su presentación supone la aceptación incondicionada de los pliegos, quedando obligado el licitador, de acuerdo con la cláusula 13 y el apartado 8 del Anexo I del PCAP, a mantener la oferta presentada hasta el plazo máximo de resolución del procedimiento, que no es el recogido en el artículo 158 de la LCSP, por cuanto que nos encontramos en el marco de un procedimiento negociado con publicidad, toda vez que el citado precepto se aplica al procedimiento abierto.

Considera además que es el mismo pliego el que recoge en su cláusula 21 que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto en los artículos 197 y 300 de la LCSP, alegando que lo manifestado por el recurrente es una “*justificación*” para no asumir dicho riesgo, “*o dicho de otra manera,*

manifiesta que al no prever tener los ingresos que calculó a la hora de licitar, por las circunstancias que expone en su escrito del recurso, no quiere seguir con el procedimiento de licitación. Hecho -la retirada de la oferta- que puede llevar a cabo, si bien, no está considerado -la retirada de la oferta en este supuesto- por la ley, como el ejercicio de su derecho a retirar su oferta, es más, la LCSP/2017, lo que contempla para estos supuestos de retirada de la oferta al NO cumplir con la presentación de la documentación requerida, son las consecuencias recogidas en la Resolución ahora recurrida”.

Vistas las alegaciones de las partes procede señalar que tanto los motivos de impugnación, como los argumentos del órgano de contratación coinciden con los resueltos por este Tribunal en su Resolución 151/2022, de 21 de abril, por la que se desestima el recurso interpuesto en el marco del mismo procedimiento por otro licitador al que se impuso igualmente una penalidad por retirada injustificada de la oferta; situación que dio lugar a la propuesta de adjudicación del contrato en favor del ahora recurrente.

Así lo pone de manifiesto el órgano de contratación en su informe en el que se recoge lo siguiente: “(...) *de contrario, sí que hay un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Recurso nº 114/2022.-Resolución nº 151/2022, de fecha 21 de abril de 2022, que aclara la situación de un licitador que se encontraba en unas circunstancias idénticas o exactas y, que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, se pronuncia con este Acuerdo: “**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”.*

Los motivos de recurso invocados por Endesa coinciden en todos sus extremos con los impugnados por Iberdrola Clientes, S.A.U., siendo ya examinados y resueltos

por este Tribunal en la citada Resolución 151/2022, resolviendo en sentido desestimatorio por entender que el plazo de 2 meses alegado por el recurrente es de aplicación al procedimiento abierto y no al presente, que 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, y que finalizado el plazo otorgado al efecto para la presentación de la documentación previa a la adjudicación, el licitador no presentó documentación alguna, por lo que procede aplicar la penalidad prevista para la retirada de la oferta por el artículo 150.2 de la LCSP.

Procede, por tanto, desestimar el primer motivo de impugnación, el ejercicio del derecho del ahora recurrente a retirar su oferta una vez transcurrido el plazo obligatorio de mantenimiento de las mismas. Y ello resulta de lo previsto en el anuncio de licitación publicado en el DOUE, que establece un plazo mínimo de 3 meses a partir de la fecha declarada de recepción de ofertas, durante el cual el licitador estará obligado a mantener su oferta; del contenido de los pliegos, constituidos como base del contrato, que recogen la obligación del licitador de mantener la oferta presentada hasta el plazo máximo de resolución del procedimiento; y de la no aplicación al procedimiento que nos ocupa del plazo de resolución previsto por el artículo 158 de la LCSP, por cuanto que nos encontramos en el marco de un procedimiento negociado con publicidad y el citado precepto es de aplicación al procedimiento abierto por encontrarse en la Subsección 2, de la Sección 2, del Capítulo I, del Título I, del Libro Segundo de la LCSP.

En relación al segundo motivo de impugnación, la retirada de la oferta atendiendo a circunstancias sobrevenidas e inimputables a la empresa, que hacían inviable la ejecución del contrato al producirse una quiebra radical y absoluta del equilibrio económico del contrato, la existencia de causa no imputable de conformidad con el artículo 153.4 de la LCSP no puede valorarse pues la misma se encuentra prevista para los casos de falta de formalización del contrato en plazo y, como ya señaló este Tribunal en idéntico supuesto en que se retiró otra oferta del mismo procedimiento antes de la adjudicación del contrato, *“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”. Según este precepto, 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. Se desestima, en consecuencia con lo anterior el segundo motivo de impugnación.

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 Endesa Energía, S.A.U. contra la Resolución de la Alcaldía, de 3 de mayo de 2022, por la que se tiene por retirada su oferta presentada a los Lotes 1 y 3 del contrato de *“suministro de energía eléctrica y gas natural en centros gestionados por el Ayuntamiento de Tres Cantos”* número de expediente 2021/07/CON, y se le impone penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

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.