

## ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI RESOLUCIÓN 59/2016

**EB 2016/045**

Resolución 059/2016, de 27 de abril de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa PULSAR SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de energía eléctrica a distintos edificios del Ayuntamiento de Vitoria –Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Con fecha 31 de marzo de 2016 la empresa PULSAR SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Suministro de energía eléctrica a distintos edificios del Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: El recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 5 de abril de 2016, si bien el día 22 de abril se solicitó completar el expediente con documentación que fue recibida el día 25 de abril.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados en fecha 13 de abril, no se ha recibido ninguna.

### **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don A. G.M. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnabile, en concreto, la adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La empresa recurrente ha sido excluida por usar la expresión “según mercado” en la primera columna del Anexo 6 “Formación de los precios unitarios de licitación para el Anexo 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas”, lo que supondría indeterminación del precio contractual. Sin embargo, el valor determinado, concreto y fijo aparece recogido en la oferta económica y en el Anexo 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en la columna “Precio de licitación, precio energía sin tarifa de peaje de acceso €/Kwh”, resaltado en negrita.

b) La expresión refleja que el precio de adquisición de la energía, que se pide indicar en las tablas de formación de los precios de licitación (que son concretos y fijos) es variable y depende del mercado de energía.

c) El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala que los Anexos sobre formación de los precios unitarios de licitación de la proposición no serán “objeto de evaluación”, por lo que no tiene sentido que, en base a ellos, se excluya la oferta más barata y, por lo tanto, más ventajosa para el Ayuntamiento.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El objeto del contrato es poder disponer de un precio fijo y único de la energía eléctrica, siendo las únicas excepciones a este principio la aparición, desaparición o alteración de los componentes del precio regulados por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en los términos establecidos en los Pliegos.

b) El valor “Precio adquisición energía con margen incluido” de la tabla del Anexo 6, “Formación de precios de licitación”, debe mantenerse fijo y constante durante toda la vigencia del contrato, habiéndose tenido en cuenta para su confección el precio de la energía en el momento de presentar las ofertas y también las fluctuaciones del mercado de la energía. El concepto “según precio de mercado” solo incluye el coste de adquisición de la energía pero no el margen de la comercializadora, y además el licitador no considera dicho factor como fijo y estable, sino variable, haciendo inviable la comparación entre ofertas y la determinación del precio.

c) Los precios ofertados pueden coincidir o no con los precios de mercado de cada momento, pero ello queda incluido en el riesgo y ventura que deben asumir los licitadores.

d) De los pliegos se deduce claramente la necesidad de que los licitadores indiquen una serie de precios unitarios que determinan el precio de licitación, por lo que la exclusión de la oferta del recurrente se ajusta a lo dispuesto en la legislación contractual, al contener un defecto insubsanable.

OCTAVO: De acuerdo con el punto 4 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, «solo se tendrá en cuenta a efectos de la presente licitación el precio de la energía antes de aplicar la tarifa de acceso, que incluirá el precio de adquisición de la energía y margen para el comercializador, los pagos de capacidad, al operador del mercado y al operador del sistema, las pérdidas en barras de central y el coste de interrumpibilidad.» Se añade que «no incluirá la tarifa de peaje de acceso ni ningún impuesto.» En el mismo sentido, se establece que «estos precios se ofertarán en forma de precio unitario de €/KWh, con 6 decimales e incluirá: el precio correspondiente a la comercializadora y su margen, los pagos por capacidad, al operador del mercado, al operador del sistema, las pérdidas en barras de central y el coste de interrumpibilidad. No incluirán la tarifa de peaje de acceso ni los impuestos.»

Además, se señala lo siguiente:

«En base a los precios emitidos por cada licitador se calculará el importe de valoración mediante las siguientes fórmulas. Dicho cálculo figura en el Anexo 3, tanto para el Lote nº 1 como para el Lote nº 2, “Modelo de proposición económica”, que se incluye en el ANEXO I del presente pliego de cláusulas administrativas particulares. Será adjudicada la oferta cuyo importe de valoración así calculado sea el menor.

Los términos EP1, EP2,..., EP6 representan la energía consumida en el año anterior para cada una de las tarifas y periodos horarios que figuran en el Anexo 1 y el Anexo 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

LOTE nº 1: Suministro en alta tensión

a.  $PR1*EP1 + PR2*EP2 + PR3*EP3 + PR4*EP4 + PR5*EP5 + PR6*EP6$  para los contratos con tarifa de acceso 6.1A para la modalidad de 6 períodos.

b.  $PR1*EP1 + PR2*EP2 + PR3*EP3 + PR4*EP4 + PR5*EP5 + PR6*EP6$  para los contratos con tarifa de acceso 6.1B para la modalidad de 6 períodos.

c.  $PR1*EP1 + PR2*EP2 + PR3*EP3$  para los contratos con tarifa de acceso 3.1A para la modalidad de 3 períodos.

El importe de valoración del Lote nº 1 será el resultado de la suma de los cálculos descritos en a, b y c.

LOTE nº2: Suministro en baja tensión con potencias superiores a 10 kw

a.  $PR1*EP1 + PR2*EP2 + PR3*EP3$  para los contratos con tarifa de acceso 3.0A para la modalidad de 3 períodos.

b.  $PR1*EP1$  para los contratos con tarifa de acceso 2.1A para la modalidad de 1 período.

c.  $PR1*EP1 + PR2*EP2$  para los contratos con tarifa de acceso 2.0DHA para la modalidad de 2 períodos.

El importe de valoración del Lote nº 2 será el resultado de la suma de los cálculos descritos en a, b y c.

En caso de empate de puntuaciones, se aplicará el 10 dispuesto en el punto PREFERENCIAS DE ADJUDICACIÓN de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.»

Debe tenerse en cuenta también la repercusión en el precio producida por la alteración, supresión o aparición de términos regulados recogida en el citado punto 4 del PCAP:

«Si durante la vigencia del contrato, se produjera alguna alteración en los precios de los términos regulados anteriores se procederá a su ajuste, bien al alza bien a la baja.

La aparición de nuevos componentes regulados que puedan surgir durante la vigencia del contrato serán incorporados de forma aditiva o mediante factor en función de la característica del concepto a aplicar. De igual forma la desaparición de alguno de ellos se trasladará a los precios en la forma que corresponda. Dicha asunción será aplicable siempre y cuando se aplique de forma directa sobre la demanda eléctrica y sea el comercializador el directamente afectado por la misma.

Otros factores, que incidan en los costes de la energía eléctrica, pero que no son regulados por órdenes del Ministerio de Industria; Energía y Turismo, no alterarán el precio fijado durante la duración del contrato.

Los recargos por excesos de potencia demandada y energía reactiva serán los que resulten de la aplicación de la normativa en vigor durante la ejecución del presente contrato.

Será de cuenta del adjudicatario el pago de los impuestos, tasas y arbitrios de cualquier clase que sean a que de lugar la ejecución del contrato, así como los recargos establecidos o que en el futuro pudieran establecerse.»

En el Anexo 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), titulado “Formación de los precios unitarios de licitación para el Anexo 3”, se describen como “regulados” los conceptos de pago por capacidad, operador de mercado, operador de sistema, porcentaje de pérdidas, pérdidas de barras de central, coste de interrumpibilidad y tarifa de peaje de acceso (este último concepto no se incluye en el precio de licitación); por el contrario, el “precio de adquisición energía con margen incluido” se describe como “precio libre”.

A la vista de todo lo anterior, se concluye que se prevé la adjudicación del contrato con el empleo de un único criterio automático que es el precio global más bajo calculado a partir del precio unitario que figura en las ofertas que, según modelo anexo a los Pliegos, deben aportar los licitadores. A su vez, dicho precio unitario es el sumatorio de varios conceptos, todos ellos sometidos a regulación excepto el precio de adquisición de la energía, que es libre. Llegados a este punto, hay que analizar qué relevancia tiene que el recurrente consigne el valor correspondiente al precio de adquisición de la energía con margen incluido con la expresión “según mercado”. A juicio de este Órgano, por imperativo del principio de proporcionalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 11/2016 del OARC / KEAO), esta incidencia solo sería relevante hasta el punto de conllevar la exclusión de la proposición si impidiera conocer con certeza el sentido de la propuesta del licitador o si omitiera información necesaria para aplicar los criterios de adjudicación; ninguno de los dos supuestos se da en el caso analizado. Por un lado, la empresa deja claro cuál es el precio que propone aplicar si se le adjudica el contrato, y es el señalado en la casilla “Importe total energía” de su proposición económica, calculado a partir del reflejado en una columna del documento de formación de precios unitarios de licitación que lleva por expresivo título “precio licitación”; por otro lado, dicho precio, fijado sin posibilidad de equívoco, es el único relevante para comparar las ofertas en el procedimiento de adjudicación, pues el contrato se adjudica aplicando una fórmula que se basa en él. Consecuentemente, no puede considerarse que la proposición haya sido correctamente excluida. Adicionalmente, hay que señalar que no cabe alegar que la aceptación de la oferta pueda llevar a la indeterminación del precio, pues, como ya se ha dicho, el precio está claramente establecido en la oferta. Es cierto que el precio de adquisición de la energía no se expresa mediante una cifra concreta constante, sino por una referencia que, además de producir importes variables durante la vigencia del contrato, es tan vaga e inconcreta que el cálculo de dichos importes es

prácticamente imposible. No obstante, ello no afecta al precio que debe tenerse en cuenta para adjudicar el contrato ni al que, en su caso, deba abonar en el futuro la Administración si la recurrente resulta ser la contratista; téngase en cuenta que las únicas alteraciones del precio admisibles son las que se derivan de modificaciones en sus componentes regulados, y el componente debatido es precisamente un precio libre. Las alteraciones del mercado que incrementen o disminuyan el componente debatido deberán ser asumidas por la empresa en virtud del principio de riesgo y ventura (artículo 215 TRLCSP), pues en ningún caso incidirán sobre el precio pagado por el poder adjudicador. Finalmente, al tratarse del único sumando incierto y conocerse la suma total, el poder adjudicador puede calcular su cuantía mediante una sencilla ecuación.

Consecuentemente, el recurso debe ser estimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

### **III.- RESUELVE**

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PULSAR SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de energía eléctrica a distintos edificios del Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que la oferta del recurrente sea valorada.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.