

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES
DE ARAGÓN
ACUERDO 36/2012**

RE 050/2012

Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos contra el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento de Alcañiz denominado «Suministro de energía y Gestión Energética y Mantenimiento con Garantía Total, de los diferentes edificios incluidos en el Centro Consumidor de Energía(CEE) del Ayuntamiento de Alcañiz».

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de junio de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Suministro de energía y Gestión Energética y Mantenimiento con Garantía Total, de los diferentes edificios incluidos en el Centro Consumidor de Energía(CEE) del Ayuntamiento de Alcañiz», contrato mixto de suministro y servicios, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 3 311 709,72 euros, IVA excluido.

En el apartado 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), al referirse a la existencia de crédito del contrato, se dispone:

«Dado que se trata de una contratación anticipada, ya que el gasto que de esta contratación deriva comenzará a partir de 1 de enero de 2013, la adjudicación de este contrato quedará sometida a condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas de aquél. A esta misma condición quedará sometida esta contratación respecto de los ejercicios siguientes a los que se extienda la duración de este contrato. No obstante, el Ayuntamiento asume el compromiso inexcusable de consignar partida presupuestaria suficiente durante todo el periodo contractual».

En el apartado 4 del Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), figura un resumen estimado de ahorros (con un total de 63 364 euros) que deben obtenerse una vez llevadas a cabo las inversiones a realizar para la eficiencia energética (definidas en los Anteproyectos Técnicos de los Anexos 3,4 y 5), en los edificios municipales (Molino harinero, pabellón polideportivo y casa consistorial).

SEGUNDO.- Con fecha 6 de agosto de 2012, D. José María Hernández de Andrés, en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI),

interpone en el Ayuntamiento de Alcañiz, recurso especial en materia de contratación contra el apartado 7 del PCAP (Existencia de Crédito), y el apartado 4 del Anexo 2 del PPT (Gestión energética).

El licitador recurrente, anunció el 2 de agosto de 2012, al órgano de contratación la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 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).

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) La licitación del contrato mixto denominado «Suministro de energía y Gestión Energética y Mantenimiento con Garantía Total, de los diferentes edificios incluidos en el Centro Consumidor de Energía (CEE) del Ayuntamiento de Alcañiz» carece de consignación presupuestaria, y en consecuencia considera que se vulneran los artículos 22, 26 y 109 del TRLCSP.

b) Deduce de la falta de consignación presupuestaria la ausencia de fiscalización del expediente de licitación por parte del Interventor Municipal.

c) Considera que existe un error en la cuantificación de los ahorros a obtener con la ejecución de las inversiones que exige el PPT, en base al cálculo que realiza el recurrente del valor medio del gas en el polideportivo, así como en el cálculo de los plazos de amortización de las inversiones.

Por todo lo alegado, solicita que se deje sin efecto el apartado 7 del PCAP (Existencia de Crédito), y el apartado 4 del Anexo 2 del PPT (Gestión energética), y, en su consecuencia, la convocatoria de la licitación, con el fin de que se cumplan todas las previsiones necesarias para el buen fin del procedimiento, ya que en caso contrario se estaría incurriendo en un vicio del que podría derivarse la nulidad de cualquier adjudicación.

TERCERO.- El 10 de agosto de 2012, tiene su entrada en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el recurso especial, remitido por el Ayuntamiento de Alcañiz, junto al Informe del órgano de contratación que prevé el artículo 46.2 TRLCSP y el expediente de la licitación.

CUARTO.- El Informe del órgano de contratación, que lleva fecha de 8 de agosto de 2012, defiende:

a) La inadmisión del recurso por extemporáneo, dado que han transcurrido los 15 días del artículo 44.2 b) TRLCSP, pues el anuncio se publicó en el DOUE del 26 de junio, y el recurso se interpone el 6 de agosto de 2012.

b) La legalidad de la base 7 del PCAP, de conformidad con el artículo 110.2 TRLCSP y la Base 33 de las Bases de Ejecución del Presupuesto del Ayuntamiento de Alcañiz, que sustituyen el certificado de existencia de crédito por un Informe del Concejal Delegado de Hacienda (cuya copia obra en el expediente), en los supuesto de contratación anticipada, con el contenido y alcance que allí se determinan.

c) La existencia de fiscalización del procedimiento, según informe del Interventor que obra en el expediente.

d) Aun reconociendo los posibles errores del cálculo de los ahorros energéticos del apartado 4 del Anexo II del PPT (sea compañía un Informe técnico, que lleva fecha de 8 de agosto, en que se prevé que dichos ahorros serán mayores), esta circunstancia no afecta a los licitadores que no resultarán afectados por dichas estimaciones y ello es así porque el contrato se configura de tal forma que el precio a pagar al contratista estará en función de la energía realmente consumida y no de la estimada.

Por todo lo expuesto, se solicita la inadmisión del recurso o, subsidiariamente, su desestimación en base a los fundamentos que, en resumen, se han expuesto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con el artículo 2 de sus Estatutos.

Recuérdese que la STC (Sala Primera), núm. 119/2008 de 13 octubre ha avalado un concepto amplio de legitimación afirmando que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación por falta de interés legítimo a un recurrente, considerando la interpretación de la que se deriva que para estar legitimado debe ser un licitador una medida rigorista y desproporcionada al impedir a la demandante obtener una respuesta judicial sobre el fondo de su pretensión. Criterio confirmado por la STC 38/2010, de 19 de junio, que reconoce la legitimación a un colegio oficial de arquitectos.

SEGUNDO.- El recurso se interpone contra varias cláusulas del PCAP y PPT de un procedimiento de adjudicación, en el marco de un contrato mixto de suministro, obras y servicios. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y conviene recordar, como se indicó en el Acuerdo 1/2012, de 4 de enero de 2012, de este Tribunal, que la regulación del recurso especial en materia de contratación en nuestro Derecho, ha ido más allá de lo exigido por la normativa europea. El artículo 40.2 TRLCSP no limita el recurso especial, frente a los pliegos, a las cuestiones que regulan la licitación, sino que lo amplía a las condiciones que deban regir la contratación. En consecuencia, el recurso se halla válidamente interpuesto.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, cuando se impugnan pliegos, el Acuerdo 19/2011 de 11 de agosto de 2011, de este Tribunal, tiene sentado que cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa al recurrente (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, como considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), «que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a)

[artículo 44 TRLCSP] se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP [artículo 158 TRLCSP], el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario. En concreto el citado precepto establece que «cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas». La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 [artículo 44 TRLCSP] nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse analógicamente el citado precepto».

Y concluye el TACRC en la resolución antes mencionada, cuya argumentación comparte este Tribunal, que «ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos».

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo, toda vez que el mismo se ha interpuesto antes de la conclusión del plazo establecido para presentar las ofertas (13 de agosto de 2012).

TERCERO.- Las cuestiones de fondo sobre las que se plantea el recurso son, por una parte, si es correcta la previsión del apartado 7 del PCAP, al referirse a la existencia de crédito del contrato; y si la previsión del apartado 4 del Anexo II del PPT, en el que figura un resumen estimado de ahorros (con un total de 63 364 euros) que deben obtenerse una vez llevadas a cabo las inversiones a realizar para la eficiencia energética (definidas en los Anteproyectos Técnicos de los Anexos 3,4 y 5), en los edificios municipales (Molino harinero, pabellón polideportivo y casa consistorial), es ajustado a las reglas para la determinación del precio de contrato.

CUARTO.- Para la resolución del primero de los motivos del recurso hay que comenzar señalando que el artículo 110.2 TRLCSP permite la tramitación anticipada del procedimiento de contratación «incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente». Este precepto es el que habilita la tramitación del procedimiento de contratación sin la incorporación del certificado de existencia de crédito al expediente que, con carácter general, se exige en el segundo párrafo del artículo 109.3 del mismo TRLCSP

(según este artículo «deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya,...»).

Bien es cierto, según dispone el mismo artículo 110.2 TRLCSP, que a tales efectos pueden comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas.

Sin embargo, la normativa reguladora del régimen presupuestario de las entidades locales no establece ninguna previsión en relación con la contratación anticipada de las mismas, cuando el contrato deba iniciar su ejecución en el ejercicio siguiente al de su tramitación. De manera que son las Bases de Ejecución del Presupuesto de cada entidad local, las que deben establecer el régimen de dicha contratación anticipada.

Aunque el artículo 174 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, al regular los compromisos de gasto de carácter plurianual, requería para los gastos de ese carácter derivados de contratos que su ejecución se iniciara en el propio ejercicio de su tramitación, de manera que debía aportarse al expediente la certificación relativa a la consignación presupuestaria del ejercicio de tramitación. Pero dicho precepto debe entenderse derogado por el TRLCSP, en cuanto a la exigencia de inicio de la ejecución del contrato en el ejercicio de su tramitación.

En el expediente, además, se ha incorporado un Informe de la Concejal Delegada de Hacienda del Ayuntamiento de Alcañiz en el que se afirma la existencia habitual de crédito adecuado y suficiente, en el Presupuesto general del Ayuntamiento, para este tipo de gastos y se asume el compromiso de consignar en el proyecto de presupuestos correspondiente a ejercicio de 2013 el importe necesario. Todo ello de conformidad con la Base 33 del Presupuesto General del Ayuntamiento de Alcañiz de 2012, que regula la tramitación anticipada de expedientes de gasto.

Resulta evidente, en todo caso, que no puede existir certificado de consignación presupuestaria en el expediente de un procedimiento de contratación anticipada, cuya ejecución se inicie en el curso del ejercicio siguiente al de su tramitación.

De otra parte, conviene recordar, que en la normativa presupuestaria de la Administración General del Estado, se establece en las reglas 41 a 43 de la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1996, las reglas a seguir en estos casos.

Mientras que en el ámbito de las Corporaciones Locales, su regulación puede perfectamente efectuarse a través de las Bases de Ejecución de los Presupuestos.

Finalmente, para estos supuestos, y como señalan los Informes de la Intervención General de la Administración del Estado de 14 de octubre de 2002 (Boletín IGAE nº 68) y de 28 de febrero de 2002 (Boletín IGAE nº 62) en relación a la normativa contable de aplicación en el Estado, es suficiente sustituir el certificado de existencia de crédito preceptivo por el certificado expedido por la oficina presupuestaria en que

se ponga de manifiesto la existencia normal de crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado, o bien que esta previsto en el proyecto de Presupuesto correspondiente al ejercicio en que se deba iniciar la ejecución del gasto. Criterio perfectamente aplicable a las entidades locales.

Procede, en consecuencia, desestimar este recurso por este motivo.

QUINTO.- El segundo de los motivos del recurso tiene que ver con el cálculo del ahorro estimado — Apartado 4 del Anexo II PPT— que se conseguirá, una vez implementadas las inversiones previstas.

Según el recurrente, en el mejor de los supuestos, el ahorro anual sería de 38 665,00 euros al año y no de 63.364,00 euros como indica en el Cuadro Resumen (Apartado 5, folio 22 PPT), diferencia que proviene de la aplicación del valor medio del gas en el Polideportivo (según lo dispuesto en el folio 11 del Anexo 2).

Se añade, además, que el periodo de amortización de las reformas exigidas en el PPT —que según el recurrente es de 7 años— es incorrecto, pues es superior al indicado.

Pues bien, el Informe del órgano de contratación, de 8 de agosto de 2012, junto al Informe técnico de la misma fecha, dan cumplida respuesta a todas y cada una de las afirmaciones vertidas en el escrito del recurso.

En primer lugar, y en cuanto al ahorro anual y su estimación, se manifiesta que se trata de una estimación a la que afectan muchos más parámetros que el consumo medio y el precio del Kw/h, a los que se refiere, in extenso, el informe técnico en relación con las estimaciones del Polideportivo (objeto fundamental del cálculo del recurrente), entre otros: periodos en los que la piscina climatizada permanecerá cerrada, descenso de la temperatura del agua del vaso de 29º C a 26ª C, ahorros derivados de la regulación y control de la instalación térmica ...etc.

En segundo lugar el plazo de amortización, aunque se estimaba por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Alcañiz en 7 años, el PPT lo fija — en el Apartado 6, Anexo II «Cuadro de Amortización»— en diez años. Es evidente que, en este aspecto, el recurrente ha incurrido en un error manifiesto.

Además, y como acertadamente señala el órgano de contratación, esta circunstancia no afecta a los licitadores que no resultarán afectados por dichas estimaciones, porque el contrato se configura de tal forma que el precio a pagar al contratista estará en función de la energía realmente consumida y no de la estimada. De otra parte, esta circunstancia se ha puesto de manifiesto a todos los licitadores interesados en la contratación.

Finalmente, es necesario recordar, y así se manifestó en el Acuerdo 25/2011 de, de 9 de noviembre, de este Tribunal, que el objetivo del recurso especial no es otro que el de garantizar la tutela de los derechos que las Directivas Comunitarias reconocen a los licitadores, y que quedan plasmados en las normas nacionales que las trasponen, en caso español en el TLCSP, que en su artículo 1 reconoce la libertad de

acceso a las licitaciones, la exigencia de publicidad y transparencia de los procedimientos y los principios de no discriminación y libertad de trato.

Estos son los parámetros en los que deben producirse las resoluciones de este Tribunal, sin que le corresponda pronunciarse sobre aquellos aspectos que excedan de este ámbito.

Procede, en consecuencia, desestimar también el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.2 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes, y en la disposición final tercera, 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.- Desestimar el recurso especial, presentado por D., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento de Alcañiz, denominado «Suministro de energía y Gestión Energética y Mantenimiento con Garantía Total, de los diferentes edificios incluidos en el Centro Consumidor de Energía (CEE) del Ayuntamiento de Alcañiz»

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.