

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA COMO TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE EXTREMADURA.**

RESOLUCIÓN Nº 433/2015 de 7 de octubre de 2015

Resolución de Adjudicación en el expediente de contratación CON-SUM-007-2014 relativo al “Suministro de Energía y Gestión energética de las Instalaciones de alumbrado público exterior” tramitado por el Ayuntamiento de Cáceres.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Eleno Eleno, con la asistencia del Letrado D. Antonio Alonso Clemente, acordándose la Resolución por unanimidad, y resultando los siguientes,

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 11 de noviembre de 2014 se hizo pública, en el Boletín Oficial del Estado, la convocatoria para la licitación del contrato de suministro de energía y gestión energética de las instalaciones de alumbrado público exterior del Ayuntamiento de Cáceres, mediante procedimiento abierto y con un valor estimado de 10.574.066,80 euros, IVA excluido. Previamente, el 28 de octubre de 2014, fue enviado el anuncio para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2.- La Mesa de Contratación, en su reunión de fecha 11 de diciembre de 2014, calificó la documentación administrativa presentada por los licitadores en el sobre A, acordando la admisión de las cuatro proposiciones presentadas, procediendo seguidamente, en acto público, a la apertura del sobre B.

3.- Previo informe de los Servicios Técnicos municipales, la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 23 de enero de 2015, formuló valoración de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, y procedió a la apertura del Sobre C, que contenía la documentación relativa a los criterios cuantificables de forma automática.

Advertidos valores anormales en la proposición presentada por la empresa X, S.A (X, S.A.), se les requirió para que justificaran la viabilidad de su oferta. Al mismo tiempo, se advirtió la necesidad de recabar de la entidad recurrente justificación de determinados aspectos técnicos, siendo requerida mediante oficio de fecha 4 de febrero de 2015, para la justificación y desglose de las inversiones ofertadas en los apartados P4 y P5 (condicionadas e incondicionadas), y su coherencia con la documentación aportada en el sobre B.

También fue requerida con fecha 1 de abril de 2015 X S.L.U. para la justificación de la viabilidad de su oferta, ya que su proposición no se ajustaba a las determinaciones

contenidas en el pliego de prescripciones técnicas, en concreto en lo referido a horarios de reducción y niveles de iluminación.

4.- Analizada por los técnicos municipales la documentación presentada por ambas empresas, se emite informe con fecha 18 de marzo de 2015, en el que se concluye, de una parte, que *“la valoración del apartado de porcentaje de ahorro de energía garantizado ofertado por la empresa X, S.A. (72,49%) presenta una desviación sobre la media de las ofertas de los licitadores de un 23,50%. Para la justificación de ese valor ha considerado un factor de reducción efectivo anual que no se ajusta a la realidad, porque supone que en la actualidad solamente se regula hasta un 90% de la potencia instalada, siendo el porcentaje de reducción mayor. Cuando compara los ahorros de consumo, tras las actuaciones de la prestación P4 y P5, con el consumo en KW/año dado en PPT, no considera los consumos de los 942 puntos de luz sobre los que no actúa ni en la prestación P4, ni en la prestación P5. Por lo tanto, se entiende que la oferta no puede ser cumplida de acuerdo a los valores presentados en licitación, y se propone su exclusión de acuerdo con el TRLCSP, art. 152.4”*. Y, de otra parte, que la proposición presentada por X, S.L.U. no se ajusta a las determinaciones contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en concreto en lo referido a horarios de reducción (cláusula 7.2.2.3) y niveles de iluminación (cláusula 6.2.1).

5.- De este informe se dio parte a la Mesa de Contratación, que en su sesión de fecha 24 de marzo de 2015 acordó la exclusión de la proposición presentada por la entidad X, S.A., por entender que no podía ser cumplida con arreglo a los valores presentados, conforme al art. 152.4 del TRLCSP, y de la presentada por la mercantil X, S.L.U., por no ajustarse a las determinaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, *poniendo la adjudicación del contrato a favor de X, S.L.*

6.- Por las empresas X, S.A. y X, S.L.U., se presentaron, frente a la resolución de adjudicación, sendos recursos especiales en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, estimando dicho Tribunal ambos recursos y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas.

7.- En ejecución de las Resoluciones del TACRC, la Mesa de Contratación acuerda retrotraer las actuaciones al momento de la evaluación de las ofertas en concurrencia con las ya admitidas, y previa valoración de los criterios cuantificables de forma automática, propone la adjudicación del contrato a la entidad X, S.A., que fue elevada para la adopción de Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Cáceres en sesión celebrada el día 16 de julio de 2015.

8.- Con fecha 28 de agosto de 2015 tuvo entrada en el Consejo Consultivo de Extremadura, como Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, recurso deducido por la entidad X, S.L.U., frente a la Resolución de adjudicación de fecha 16 de julio de 2015, en el expediente de contratación CON-SUM-007-2014 relativo al “Suministro de Energía y Gestión energética de las Instalaciones de alumbrado público exterior” tramitado por el Ayuntamiento de Cáceres.

9.- El 14 de septiembre de 2015 se acordó por el Tribunal admitir el recurso especial en materia de contratación, y se procedió a emplazar a la mercantil X, S.A., interesada en el procedimiento, al objeto de evacuar trámite de alegaciones.

10.- El 18 de septiembre de 2015 la mercantil X, S.A. presenta escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde al Consejo Consultivo de Extremadura, como Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, a tenor de lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 18 de abril, de Función pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa X, S.L.U. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero.- El acto objeto del recurso consiste en la Resolución de Adjudicación, en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, en consecuencia es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido (TRLCSP) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

De conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 16 del TRLCSP, el contrato está sujeto a regulación armonizada, a los efectos de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y le resulta de aplicación el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de conflictos, previstos en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles desde la remisión de la notificación del acuerdo de adjudicación, establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

Cuarto.- X S.L.U. fundamenta su recurso en la incongruencia de la oferta presentada por la mercantil X, S.A. (en adelante X S.A.), ya que los valores relativos al porcentaje de ahorro de energía garantizado son erróneos e inconsistentes. Sostiene que del análisis de la justificación presentada por X S.A. se deduce que el ahorro propuesto por esta mercantil (72,49%) solo se producirá tras la renovación de las instalaciones con la ejecución de las inversiones previstas en su proyecto y no en los dos primeros años de contrato:

“Sin entrar a valorar la exactitud de los cálculos (se puede observar anotaciones de los técnicos del Ayuntamiento cuestionando dichos cálculos), podemos concluir sin error a equivocarnos que la oferta presentada por la mercantil X no obedece a la realidad, pues

siendo el valor solicitado por los pliegos y objeto de valoración el referido al porcentaje de ahorro en los 2 primeros años del contrato, periodo durante el cual se ejecuta la inversión y renovación de las instalaciones, el porcentaje de ahorro propuesto por el proyecto de X viene definido sin embargo una vez renovadas las instalaciones, no durante el período de renovación de los dos primeros años.

Por tanto, si el ahorro alcanzado por el proyecto de la mercantil X tras la renovación de las instalaciones es del 72,49%, el ahorro que se alcance durante los 2 primeros años del contrato, con una propuesta de renovación del 93,9%, es decir, 14.533 puntos de luz de los 15.475 de los que dispone la instalación de alumbrado público exterior del municipio de Cáceres, NUNCA PODRÁ ALCANZAR ESTA CIFRA; de ahí que el porcentaje de ahorro durante los dos primeros años tenga que resultar necesariamente inferior al indicado, pues durante los meses en los que se ejecuta la inversión no es posible alcanzar el ahorro previsto.”

Hemos de recordar al respecto que X S.A. fue inicialmente excluida por considerar el Ayuntamiento de Cáceres que su oferta era, en determinados aspectos, desproporcionada. Concretamente, en lo que atañe a la oferta de X S.A., puede leerse en el informe técnico de fecha 18 de marzo de 2015, que sirvió de fundamento a la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de contratación el 24 de marzo de 2015, que:

“3.En la valoración del apartado "Porcentaje de ahorro de energía garantizado" ofertado por la empresa X, S.A. (72.49%) presenta una desviación sobre la media de las ofertas de los licitadores de un 23,50 %.

Para la justificación de este valor (Pág. 9 del documento Justificación Proposición Económica) ha considerado un factor de reducción efectivo actual que no se ajusta a la realidad porque supone que en la actualidad solamente se regula hasta un 90% de la potencia instalada, siendo el porcentaje de reducción mayor. Cuando compara los ahorros de consumos, tras las actuaciones de la prestación P4 y P5, con el consumo en Kwh/año dado en el PPT, no considera los consumos de los 942 puntos de luz sobre los que no actúa ni en la prestación P4 ni en la prestación P5. Por lo tanto se entiende que la oferta no puede ser cumplida de acuerdo a los valores presentados en la licitación y se propone su exclusión, de acuerdo con TRLCSP art. 152.4.”

Interpuesto recurso ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por X S.A., éste dictó la **Resolución 453/2015, de 14 de mayo**, por la que, como hemos señalado en antecedentes, estimó la pretensión de la recurrente porque no había quedado justificado en el expediente que su oferta pudiera considerarse desproporcionada en cuanto al ahorro energético ni que incumpliera alguna prescripción del pliego de prescripciones técnicas. En base a esta resolución quedó anulado el acto de exclusión de X S.A.

En este recurso se debatió, y la resolución se pronunció en congruencia, acerca de si había de considerarse desproporcionado el ahorro energético ofrecido por X S.A. y si dicha propuesta había de considerarse incongruente o si impedía el cumplimiento de los compromisos exigidos en los pliegos. Afirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo siguiente:

“Con independencia de ello, y como argumenta la recurrente, carece de sentido calificar como desproporcionado el ahorro energético con independencia del volumen de inversiones propuestas para alcanzarlo. En fin, puesto que el adjudicatario se compromete a un volumen de inversiones determinado, el no alcanzar la cifra de ahorro no implica incumplimiento del PPT ni redundancia en perjuicio del Ayuntamiento.

*[...] Pero, al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la n° 697/2014, de 23 de septiembre), una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta **resulte claramente incongruente de forma objetiva**, o cuando de la misma **se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos**, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 161 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre competencia.*

[...]En conclusión, dado que la causa de exclusión acordada no estaba prevista en el PCAP, ni se ha acreditado que la oferta técnica y económica presentada por X S.A. incumpla alguna de las prescripciones exigidas en el PPT, se ha de estimar el recurso y retrotraer el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas, en la que se ha de incluir la presentada por la recurrente.”

Por tanto, esta cuestión relativa a la oferta de X S.A. respecto del ahorro energético ofrecido, que constituye el objeto principal del recurso ahora interpuesto por X S.L.U., fue tomada en consideración expresamente por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para decidir si la oferta económica de esta empresa debía considerarse como una baja anormal o desproporcionada o si incumplía prescripciones de los pliegos y, por ende, la fundamentación jurídica sobre esta cuestión constituyó **ratio decidendi** del pronunciamiento del Tribunal.

Siendo ello así, no cabe un segundo pronunciamiento sobre el particular, dado que, de conformidad con lo establecido en el **artículo 49.1 del TRLCSP** “*contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso - administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*”. Como tampoco cabrá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta misma ley y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; *ni tampoco la fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones.*

De manera que frente a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 453/2015, de 14 de mayo, tan solo podía interponerse recurso contencioso-administrativo, pues el artículo citado, que viene a consagrar en materia de recursos contractuales la denominada ‘**cosa juzgada administrativa**’, impide la interposición de nuevo recurso en vía administrativa sobre el mismo objeto y por los mismos motivos, tal y como ha sostenido en diversas Resoluciones el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales: *Resoluciones 240/2014, de 21 de marzo; 216/2014, de 14 de marzo; de 18 de enero de 2012; y 535/2014, de 11 de julio.*

Cierto es que el Tribunal Supremo ha considerado que esta *terminología* (incluso utilizada en el artículo 63 del Reglamento de Procedimiento Económico Administrativo para referirse a la irrevocabilidad de los actos administrativos firmes) no es la correcta pues el «valor o eficacia de cosa juzgada» es predicable únicamente de los actos jurisdiccionales; cuando el legislador disponga que determinadas manifestaciones de voluntad de los Jueces gozan de la presunción «iuris et de iure» de que su contenido es verídico (artículos 1251 y 1252 del Código Civil) crea el poder judicial o jurisdiccional; en dicha presunción indestructible -presunción que no es presunción sino afirmación- descansa la inatacabilidad y prevalencia de la sentencia firme a cualquier otro acto jurídico que no sea una manifestación del propio poder legislativo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de noviembre de 1980; RJ 1980\5120).

Pero afirma también en la sentencia citada que *“al margen de estos actos jurisdiccionales se encuentran las situaciones jurídico administrativas que vienen y manifiestan toda su virtualidad desde el momento mismo de su nacimiento, su eficacia no queda paralizada por la acusación de haber infringido la legalidad, sólo desaparecen sus efectos o dejan de producirse, cuando quien tiene la facultad para ello, y en el ejercicio de esta facultad, declara que las manifestaciones del poder administrativo (actos administrativos) son contrarios al Derecho”*. Cuestión ésta atinente a la **irrevocabilidad de los actos administrativos firmes**.

Reconoce además que la jurisprudencia, aunque con grandes reservas y como expresión figurada, *admite cierta asimilación de ésta situación a la cosa juzgada procesal*, tanto por la variabilidad de la actividad administrativa como por constituir la «res iudicata» una privativa condición de las resoluciones judiciales, en absoluto inatacables cuando adquieren tal eficacia; cualidad que en modo alguno corresponde a los actos administrativos que, aún firmes, pueden ser revocados y, en todo caso, revisados por los órganos jurisdiccionales.

Con las cautelas impuestas por el Tribunal Supremo, **hemos de concluir que la Resolución 453/2015 es inatacable en vía administrativa y, de no haberse interpuesto frente a ella recurso contencioso-administrativo, ha de considerarse firme. Lo que impide un nuevo pronunciamiento de este órgano sobre un motivo de recurso sobre el que ya ha resuelto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.**

Esta reiteración de la misma pretensión ya ventilada ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuya resolución no fue impugnada por X S.L.U. en tiempo y forma, pone de manifiesto la temeridad de la interposición del recurso y obliga a imponer una sanción por los perjuicios causados al órgano de contratación derivados de la suspensión de la adjudicación del contrato.

Por todo lo anterior, el Pleno de Consejo Consultivo de Extremadura en cuanto Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. Ignacio Valero Abad, en representación de X S.L.U., contra la Resolución 16 de julio de 2015, de adjudicación del contrato de “Suministro de Energía y Gestión energética de las Instalaciones de alumbrado público exterior”, tramitado por el Ayuntamiento de Cáceres.

Segundo. Declarar que se aprecia concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de sanción en cuantía de 1.000 euros, la mínima conforme a lo previsto en el artículo 47.5 del TRLCSP para cuya exacción el órgano de contratación debe dar traslado al correspondiente Servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Cáceres.

Notifíquese a los interesados con la indicación que la resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.