



EB 2021/178

Resolución 008/2022, de 17 de enero, de la 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 en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento con garantía y gestión energética”, tramitado por Bilbao Kirolak - Instituto municipal de deportes de Bilbao, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de septiembre de 2021 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (en adelante, AMI) contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento con garantía y gestión energética”, tramitado por Bilbao Kirolak - Instituto municipal de deportes de Bilbao, S.A. (en adelante, BILBAO KIROLAK).

SEGUNDO: El mismo día 16 de septiembre se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso, el expediente y el informe al 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).





TERCERO: Con fecha 17 de septiembre de 2021, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 032/2021, acordando la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente más interesados que el recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.H.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

En el presente caso nos encontramos ante un contrato mixto de servicio, obra y suministro, siendo su objeto principal el de suministro según resulta de un análisis global del contrato. El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, BILBAO KIROLAK tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos de la recurrente son, en síntesis, los que se exponen a continuación:

a) El presupuesto del contrato no es adecuado para su ejecución porque ha sido calculado con mucha antelación a la publicación del contrato (es igual que el previsto para el contrato con el mismo objeto publicado en enero de 2021), cuando ahora (publicación del anuncio de licitación el día 27 de agosto de 2021) los costes son muy superiores; por ello, el Presupuesto Base de Licitación (en adelante, PBL) no se ajusta al mercado y es insuficiente para garantizar el efectivo cumplimiento del contrato, incumpléndose los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. En particular, se alega lo siguiente:

- El importe de la prestación P1 debe calcularse con base en el precio de energía promedio final del mercado libre del año natural de inicio del contrato, que es el que luego se utilizará para calcular la revisión de precios. Mientras que a 3 de febrero de 2021 la estimación de precios a futuro era de 48,85 euros / Mwh, a 3 de septiembre la misma estimación es, para los últimos meses de 2021, de 92,50 euros (un 89% de incremento), máximo histórico desde enero de 2018; análoga situación, aunque en menor medida, se da con el precio del gas. Por ello, debe ajustarse el importe del PBL o la referencia de la revisión de precios.



- La Resolución de 18/3/2021 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) establece los valores de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad aplicables a partir del 1/6/2021 (complementada por la Orden TED/371/2021, de 19 de abril, que define los valores de cargos y pagos de capacidad a aplicar a los suministros eléctricos, según dicha Resolución). Los pliegos impugnados no se han actualizado de acuerdo con esta nueva normativa.
- El recurrente cifra en 387.480 euros anuales el incremento que debiera aplicarse al PBL para poder cubrir el coste de los servicios incluidos en el objeto del contrato (un 12,16%).

b) Según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), del listado de personal subrogable se deduce un incremento bruto de 7.040 euros en los costes salariales (actualización de tablas salariales) que no se han reflejado en PBL, que se mantiene igual al del contrato anterior. Por otro lado, es muy posible que al inicio de la ejecución del contrato sea necesario asumir un aumento en los costes de personal y subcontratas, conceptos que no admiten revisión de precios.

c) Finalmente, se solicita la anulación del apartado II.1.5 del anuncio de licitación, la cláusula 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), de las disposiciones 9 y 10 de la carátula del PCAP y del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando lo siguiente:

a) Se alega que el precio de la energía y el gas utilizado para calcular el coste de la prestación P1 es superior al precio promedio en lo que va de año que aduce la recurrente. Por lo tanto, no es cierto que los precios de la energía y el



gas usados para calcular el coste de la Prestación P1 sean inferiores a los de mercado y que el PBL sea insuficiente para el efectivo cumplimiento del contrato.

b) Por lo que se refiere al impacto de la Resolución de 18/3/2021 de la CNMC, que entró en vigor el 1/6/2021, se alega que la nueva forma de tarificación no afecta a la prestación P1 ni a los índices de revisión de precios considerados.

c) El incremento del coste salarial en 7.040 euros brutos anuales, en un contrato como el impugnado, puede compensarse con el margen existente en otros conceptos.

d) Se alega que el recurrente no ha acreditado que el PBL sea insuficiente para garantizar la viabilidad del contrato y que dicho PBL y el valor estimado se adecuan a los precios de mercado.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El fundamento de la impugnación es la afirmación de que el PBL no es ajustada al mercado, infringiendo por lo tanto el artículo 100.2 de la LCSP; concretamente, el cálculo erróneo del precio afectaría a la Prestación P1 (suministro de electricidad y combustibles) y a los costes salariales del personal con derecho a subrogación, y AMI lo cuantifica en 387.480 euros anuales, lo que, según el recurrente, supondría una necesidad de incrementar el PBL anual en un 12,6%.

Sobre esta cuestión, el OARC / KEAO ha señalado que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para fijar el precio contractual y que corresponde a quien alega su incorrección la carga de la prueba de que, más allá de las normales vicisitudes de cualquier mercado, con el importe establecido por el órgano de contratación se pone en peligro la normal ejecución del contrato y no cabe esperar una concurrencia suficiente (ver, por todas, la Resolución 81/2020). Además, debe recordarse que los potenciales licitadores no pueden pretender que las bases económicas del procedimiento de adjudicación les



garanticen en todo caso una cierta rentabilidad mínima o anulen totalmente en su favor el riesgo implícito en cualquier contrato, según el artículo 197 de la LCSP (ver la Resolución 64/2017). Partiendo de estas premisas, y a la vista de los argumentos de las partes y de la documentación que consta en el expediente, este Órgano entiende que el recurso debe desestimarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) De acuerdo con el Anexo 3 del PPT (página 3), el consumo del suministro eléctrico que se integra en la prestación P1 del contrato entre los años 2016 y 2019 (último del que se ofrecen datos) ha oscilado entre los 6.814.335 kw/h del año 2018 y los 7.885.213 kw/h. del año 2019; es decir, hay una variación entre el valor mínimo y el máximo del 15,71%. Por lo que se refiere al otro componente de la prestación P1, el suministro de gas natural, la misma oscilación se ha movido entre los 13.450.232 kw/h. del año 2017 y los 14.450.478 kw/h., es decir, una variación del 7,43%. El precio de la prestación P1 se configura en los pliegos a tanto alzado para la mayor parte de la prestación (el servicio ordinario), de modo que el importe abonado apenas depende del consumo efectivo, que puede ser muy distinto en cada año (ver los apartados 10 y 32 de la carátula del PCAP). Por otro lado, es claro que el precio al que el contratista adquiere los suministros de electricidad y gas necesarios para satisfacer las necesidades del poder adjudicador está igualmente sometido a fuertes variaciones. De la combinación de ambos factores se deduce que el contrato tiene, por su objeto y por su forma de pago, un alto grado de incertidumbre sobre su rentabilidad para el contratista (teniendo en cuenta que dicha rentabilidad puede ser tanto menor como mayor que la esperada), lo que debe tenerse en cuenta para juzgar si el PBL se ajusta o no al mercado. Dicho de otro modo, es difícil, en estas circunstancias, concluir en que el órgano de contratación ha excedido los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia.
- 2) Las alegaciones del recurrente se basan en estimaciones propias (que el poder adjudicador niega) que se proyectan hasta los últimos meses de 2021,



cuando la duración del contrato es de cinco años; consecuentemente, cabría que, aunque se diera por buena la prospección de AMI, las alteraciones del mercado en tan largo periodo hicieran que el PBL tuviera finalmente un importe globalmente adecuado (o incluso excesivo).

- 3) Por otro lado, es relevante el dato de que el contrato prevé la revisión de precios de la prestación P1 “con el objeto de adecuar los importes a la realidad del mercado en cada momento” (ver el apartado 33 de la carátula del PCAP). El sistema de revisión alcanza a todo el periodo de vigencia del contrato (incluido el primer año) y acumula el importe de las revisiones al precio anual revisado para calcular el precio de los años siguientes, sobre los que a su vez se aplica la fórmula de revisión. En este sentido, los pliegos han aprovechado la excepción a un régimen general restrictivo de la revisión de precios que la LCSP establece para los contratos de suministro de energía en los apartados 2 y 5 de su artículo 103. Debe recordarse que la revisión de precios es una institución que pretende aminorar la incertidumbre del contratista sobre su rentabilidad final esperable, y la citada excepción parece basarse precisamente en las peculiaridades del mercado energético, especialmente volátil. Lógicamente, esta seguridad adicional implica que pierdan relevancia, total o parcialmente, las hipotéticas deficiencias del PBL inicial y facilita la viabilidad de la ejecución de la prestación y una mayor concurrencia, parámetros primarios para juzgar sobre la adecuación del precio contractual.
- 4) Habida cuenta lo expuesto en los epígrafes 1) a 3) anteriores, este Órgano entiende que no puede considerarse acreditada la insuficiencia del PBL alegada por AMI. Debe añadirse que (i) el recurso no explica la importancia a estos efectos de la Resolución de 18/3/2021 de la CNMC y (ii) que la diferencia alegada en los costes salariales del personal subrogado es ínfima tanto en términos absolutos como relativos, por lo que sería del todo punto desproporcionado fundar en ella la estimación del recurso y la anulación de los pliegos.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento con garantía y gestión energética”, tramitado por Bilbao Kirolak - Instituto municipal de deportes de Bilbao, S.A.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urtarrilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de enero de 2022