

Recurso 397/2018**Resolución 78/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 21 de marzo de 2019.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **NEXUS ENERGÍA, S.A.** contra el pliego de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica a las instalaciones de Galasa” (Expte. DIR180618), convocado por la entidad pública empresarial Gestión de Aguas del Levante Almeriense, S.A., este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/SW 212-487269 anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue objeto de publicación, el 31 de octubre de 2018, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector



Público.

El valor estimado del contrato asciende a 4.726.659,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora reclamante, según consta en el expediente de contratación remitido.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley 31/2007) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

TERCERO. Con fecha 17 de noviembre de 2018, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de reclamación en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad NEXUS ENERGÍA, S.A. (en adelante NEXUS ENERGÍA) contra el pliego de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. En el escrito de reclamación, la entidad NEXUS ENERGÍA solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 19 de noviembre de 2018, se le da traslado a la entidad contratante del escrito de interposición de la reclamación y se le solicita que remita el informe a la misma, el expediente de contratación, las alegaciones a la medida cautelar de suspensión solicitada por la reclamante y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada dicha documentación en este Tribunal el 26 de noviembre de 2018.

QUINTO. Con fecha 29 de noviembre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el



plazo establecido.

SEXTO. Por resolución de este Tribunal, de 30 de noviembre de 2018, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la reclamante.

SÉPTIMO. En la tramitación de la presente reclamación con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 106.1 de la Ley 31/2007, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por remisión del artículo 101.1 de la Ley 31/2007, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de una entidad pública empresarial que se rige por la citada Ley 31/2007, cuyo artículo 3 dispone en su apartado primero que *“Quedarán sujetas a la presente ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4”*.



Por su parte, el apartado primero de la disposición adicional segunda del mismo texto legal dispone que *“Se entenderán como entidades contratantes a efectos del artículo 3, con carácter enunciativo y no limitativo, las que se enumeran a continuación:*

1. Entidades contratantes del sector de la producción, transporte o distribución de agua potable:

(...)

Otras entidades públicas dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales y que operan en el ámbito de la distribución de agua potable.

(...)”.

En este sentido, la entidad pública empresarial Gestión de Aguas del Levante Almeriense, S.A. (GALASA) ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en la Ley 31/2007 conforme a sus estatutos que disponen que *“La Sociedad tiene por objeto la gestión del ciclo integral del agua, con destino a usos domésticos e industriales (...)”.*

De la citada entidad pública empresarial, son accionistas la Diputación Provincial de Almería con más de la mitad del accionariado y más de veinte municipios pertenecientes todos a la provincia del Almería que conforman el resto del accionariado, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de la reclamación en materia de contratación interpuesta del convenio, a tales efectos, formalizado el 21 de noviembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Almería, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la reclamante para la interposición de la reclamación, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley 31/2007.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si la reclamación se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de reclamación en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 31/2007.

El objeto de la presente licitación es un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 443.000 euros, convocado por una entidad contratante de las previstas en el artículo 3.1 de la Ley 31/2007 y el objeto de la reclamación es el pliego de prescripciones técnicas, por lo que el acto recurrido es susceptible de reclamación en materia de contratación al amparo de los artículos 16 a) y 101 y siguientes de la Ley 31/2007.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición de la reclamación, el artículo 104.2 y 3 de la Ley 31/2007 dispone que: *“2. El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.*

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación.”

En el supuesto examinado la publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 3 de noviembre de 2018, por lo que al haberse presentado la reclamación el 17 de noviembre de 2018 en el registro electrónico de este Tribunal, la misma se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión de la reclamación presentada, procede el estudio de los motivos en que la misma se sustenta.



La reclamante solicita que, previos los trámites oportunos, se estime la reclamación en base a lo alegado en la misma y se acuerde anular el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

La reclamación se funda en que a juicio de la reclamante determinadas cláusulas del PPT han de ser anuladas, en concreto las 3.4, 3.5, 5.1 y 6.1.

Por su parte, la entidad contratante en su informe a la reclamación se opone a los argumentos esgrimidos por la empresa reclamante en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de reclamación, aquí se dan por reproducidos.

En el primer motivo de la reclamación, según el orden cronológico de la misma, la reclamante denuncia la nulidad de la cláusula 6.1 del PPT por vulneración de lo dispuesto en el artículo 29 de la LCSP.

Afirma que la vulneración se produce por cuanto, por un lado, dicha cláusula establece una prórroga automática del contrato originario omitiendo la obligación “ex lege” de haber publicado previamente el anuncio de licitación del nuevo contrato con una antelación mínima respecto a la fecha de finalización de aquel, lo que produce indefensión al contratista al verse obligado a prorrogar la prestación al arbitrio de la entidad contratante y, por otro lado, porque dispone en el segundo periodo de prórroga tácita un precio distinto al del contrato originario, lo cual alteraría una de las características del contrato, como es su precio.

Por su parte, en contra de lo manifestado por la reclamante, la entidad contratante alega que la falta de mención en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la condición de la publicación de la nueva licitación con la antelación de tres meses no supone que la misma no vaya



a ser cumplida. En este sentido, indica que la referencia expresa en la cláusula 1.8 del PCAP al artículo 29 de la LCSP, deja absolutamente claro que para que opere la prórroga obligatoria será necesario que esté cumplida la condición legal sobre publicación del anuncio de licitación del nuevo contrato con tres meses de antelación a la finalización del contrato originario, conforme al último párrafo del apartado cuarto del citado artículo 29.

Asimismo, alega la entidad contratante que la admisión de la posibilidad de imputar al precio aplicable al contrato en los últimos 3 meses -de los 6 meses de prórroga máxima prevista-, la variación que experimente el precio en "Pool" del sector eléctrico, es una previsión que, por un lado, evita que se penalice injustificadamente a la entidad adjudicataria que se vería obligada a soportar variaciones de coste que no puede compensar y, por otro, constituye un dato que viene a contribuir al equilibrio económico del contrato y a la proporcionalidad y equivalencia entre las contraprestaciones recíprocas de las partes contratantes.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia. Al respecto, aun cuando la reclamante no lo cuestione, es preciso aclarar el régimen jurídico aplicable al contrato. En este sentido, este Tribunal entiende que es de aplicación la citada Ley 31/2007, en contra de lo manifestado en el PCAP en que se dispone que lo es la LCSP. Y ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de aquella, que dispone lo siguiente: *«Objeto de la Ley. La presente ley [31/2007] tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato, en el artículo 16.»*



Así las cosas, conforme a dicho artículo, y examinado en los fundamentos de derecho primero y tercero de la presente resolución que GALASA es una entidad contratante que opera en el sector de la producción, transporte o distribución de agua potable y que la presente licitación corresponde a un contrato de suministro con un valor estimado superior al previsto en el artículo 16 de dicha Ley 31/2007, ha de concluirse que al procedimiento de adjudicación que se analiza le es de aplicación dicha Ley.

No obstante, tanto la entidad contratante como la reclamante parten de la aplicación a la presente licitación del artículo 29 de la LCSP, régimen legal que como se ha expuesto no es de aplicación al caso examinado. Sin embargo, este Tribunal, en aplicación del principio de congruencia (artículo 106.2 de la Ley 31/2007), no puede pronunciarse anulando un determinado acto cuando tal pretensión no ha sido planteada por la reclamante, por más que las dudas sobre la legalidad del mismo sean evidentes, y todo ello sin perjuicio de que el contenido de la cláusula controvertida sea también contrario a dicho régimen de la LCSP, como se expondrá seguidamente.

Al respecto, el citado artículo 29 de la LCSP regula el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, estableciendo para los contratos de suministro y servicios de prestación sucesiva en el último párrafo de su apartado cuarto la denominada por la doctrina como “prórroga forzosa”, disponiendo al efecto lo siguiente: *«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado*



con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario».

Así pues, para que opere la denominada prórroga forzosa hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y, en todo caso, por un periodo máximo de nueve meses, es preciso que se den, entre otros, los dos requisitos denunciados por la reclamante, esto es que, salvo el plazo de duración, no se modifiquen las restantes condiciones del contrato y que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

Por su parte, en lo que aquí interesa, la cláusula 6.1 del PPT -periodo de validez- dispone que *«El contrato objeto de esta licitación tendrá una vigencia de dos años a partir de la fecha de su formalización.*

El plazo de vigencia podrá ser prorrogado un año, de acuerdo a lo establecido en el apartado 1.8 del PCAP.

Tras el vencimiento de la prórroga, o bien una vez finalizado el contrato inicial sin haber ejecutado la prórroga y dado que el contrato resultante tiene por objeto el suministro de energía a todos los servicios esenciales para atender las necesidades permanentes de gestión del ciclo integral del agua a municipios, GALASA podrá optar por continuar con el suministro de energía con el adjudicatario hasta la resolución de una nueva licitación. En tal caso, durante los tres primeros meses se mantendrán los mismos precios de suministro que los del contrato vencido. Si transcurrido dicho periodo tras el vencimiento del contrato, no se hubiera resuelto una nueva licitación, el precio se actualizará aplicando al precio del suministro que se viniera abonando conforme a lo previsto anteriormente, la variación porcentual experimentada por el precio medio del Pool en los últimos doce meses anteriores al comienzo del cuarto mes de prórroga, y hasta que un nuevo Adjudicatario se haga cargo del servicio, sin que pueda exceder en ningún caso el periodo total prorrogado de seis meses».

Asimismo, interesa reproducir el contenido de la citada cláusula 1.8 del PCAP -plazo de ejecución del contrato- en lo que aquí interesa, que dispone que *«El*



plazo de duración y sus prórrogas se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en el Art. 29 de la LCSP ».

Así las cosas, en cuanto a la omisión denunciada por la reclamante de que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario, se ha de dar la razón a la entidad contratante, y ello, por cuanto en la cláusula 1.8 del PCAP se dispone que las prórrogas se ajustarán en todo caso a lo dispuesto en el artículo 29 de la LCSP, lo que unido al hecho de que en la cláusula 6.1 del PPT no se hace alusión alguna en contrario, ha de interpretarse en el sentido que dicha publicación ha de realizarse necesariamente aun cuando ello no se establezca expresamente en los pliegos.

Sin embargo, no es posible darle la razón a la entidad contratante en el alegato de la reclamante en que denuncia que en la segunda prórroga se altera una de las características del contrato como es su precio. En este sentido, la Ley contractual es muy clara e indisponible para las entidades contratantes pues establece expresamente que, salvo el plazo de duración, no es posible modificar las restantes condiciones del contrato, en palabras de la norma “*sin modificar las restantes condiciones del contrato*”, y ello además es que ha de ser así pues de lo contrario no estaríamos ante una prórroga del contrato sino ante una modificación del mismo, en este caso en cuanto a su precio.

En efecto, prorrogar un contrato es alargar o prolongar su duración por un tiempo determinado, de tal suerte que lo único que se modifica respecto del contrato originario es el plazo de duración, permaneciendo inalterable el resto de elementos del mismo. En este sentido se pronuncia el párrafo primero del apartado 2 del citado artículo 29 de la LCSP, que dispone que «*El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las*



modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley».

Por tanto, la previsión de la cláusula 6.1 del PPT en la que dispone que durante la segunda prórroga, desde el cuarto al sexto mes ambos inclusive, “el precio de contrato se actualizará aplicando al precio del suministro que se viniera abonando conforme a lo previsto anteriormente, la variación porcentual experimentada por el precio medio del Pool”, supone la alteración en una de las características del contrato, proscrita por los apartados 2 y 4 citados del artículo 29 de la LCSP.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede estimar el primer alegato de la reclamación.

SEXTO. En el segundo de los motivos de la reclamación, la reclamante denuncia incongruencia de la citada cláusula 6.1 del PPT respecto de la 3.2 del mismo y de la 10.4 del PCAP. En este sentido, aun cuando la cláusula ha sido ya anulada con la estimación del primer motivo de la reclamación, procede el examen de este nuevo alegato contra la misma por congruencia con la pretensión deducida. Al respecto, en lo que la reclamante discute, ambas cláusulas disponen lo siguiente:

Cláusula 3.2 del PPT “volumen de contratación”: *«(...) Igualmente, las inversiones que GALASA realice durante la vigencia del contrato podrán aconsejar variaciones en las tarifas de acceso, potencias contratadas y consumos de energía anuales en determinados suministros, lo que tampoco supondrá variaciones en las condiciones ofertadas por los licitadores. El gasto máximo autorizado podrá incrementarse o disminuirse hasta un máximo del 10% mediante acuerdo del Órgano de Contratación, si concurrieran cualquiera de las causas de modificación relacionadas en este párrafo y en el anterior (...).».*



Cláusula 10.4 del PCAP “modificación del contrato”: *«(...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 309 LCSP, en los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.*

En el presente contrato, la posibilidad de incrementar el número de unidades hasta el 10 por ciento del precio del contrato, se establece en el Apartado O del Anexo I del presente pliego».

Por su parte, el apartado O del anexo I “cuadro resumen” del PCAP dispone lo siguiente: *«El contrato solo podrá modificarse si concurren algunas de las causas previstas en el Art. 205 de la LCSP».*

En este sentido, afirma la reclamante que al tratarse la prestación del contrato de un consumo bastante estable con una duración de 24 meses, el aplicar la cláusula 6.1 del PPT supondría alargar su duración en 6 meses adicionales con los mismos consumos, lo que supondría suministrar en torno a un 25% más de energía eléctrica de la prevista en los pliegos, superándose de esta forma en más del doble el límite de modificaciones del 10% establecido en la LCSP y en los propios pliegos.

Por su parte, la entidad contratante en su informe a la reclamación indica que en la cláusula 6.1 del PPT se prevé una prórroga legal forzosa, por razones de interés público frente a cuya calificación no cabe oponer más limitaciones que las que se detallan en el propio precepto legal que regula esta especial prórroga, esto es el último párrafo del artículo 29.4 de la LCSP. En ese sentido, señala que dicha prórroga no participa de la naturaleza de modificación contractual, y



siendo ello así, no es posible aplicar a las consecuencias de la indicada prórroga la regulación legal sobre la modificación de los contratos.

Pues bien, vistas las alegaciones hemos de analizar la pretensión de la reclamante que denuncia incongruencia de la cláusula 6.1 del PPT respecto de la 3.2 del mismo y de la 10.4 del PCAP, pues a su juicio la aplicación de dicha cláusula 6.1 de PPT supondría superar en más del doble el límite de suministro de energía eléctrica establecido en la LCSP y en los pliegos -cláusulas 3.2 del PPT y 10.4 del PCAP- para las modificaciones en el 10%.

En este sentido, este Tribunal sin prejuzgar el contenido de dichas cláusulas 3.2 del PPT y 10.4 del PCAP que no son objeto de impugnación, ha de poner de manifiesto que la parte de la cláusula 3.2 del PPT invocada por la reclamante hace referencia a determinadas disposiciones relativas a las modificaciones contractuales; sin embargo, la parte de la cláusula 10.4 del PCAP invocada por la reclamante *-En el presente contrato, la posibilidad de incrementar el número de unidades hasta el 10 por ciento del precio del contrato, se establece en el Apartado O del Anexo I del presente pliego-* no hace referencia a la modificación del contrato, sino a la determinación del precio del mismo, regulada en el artículo 309 de la LCSP como se expresa en dicha cláusula 10.4, cuando este se realice mediante unidades de ejecución, disponiendo expresamente que ello no tendrá la consideración de modificación. Asimismo, en cuanto a la posibilidad de incrementar el número de unidades hasta el 10% del precio del contrato, ex artículo 309 de la LCSP, en dicha cláusula 10.4 se dice expresamente que “*se establece en el Apartado O del Anexo I del presente pliego*”; sin embargo, en dicho apartado nada se dice al respecto por lo que la parte de la cláusula 10.4 del PCAP invocada por la reclamante no es de aplicación en el presente contrato.

Así pues, la posible incongruencia denunciada por la reclamante ha de circunscribirse a las cláusulas 3.2 y 6.1 del PPT, incongruencia que a juicio de este Tribunal no existe, ni la falta de claridad asimismo cuestionada en la



reclamación, pues como alega la entidad contratante en su informe a la reclamación la prórroga prevista en la cláusula 6.1 no participa de la naturaleza de modificación contractual, no siendo posible asimilar las consecuencias de la misma al régimen de la modificación del contrato, que conforme al apartado O del anexo I del PCAP solo podrá realizarse si concurren algunas de las causas previstas en el artículo 205 de la LCSP “modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativa particulares”.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede desestimar el segundo alegato de la reclamación.

SÉPTIMO. En el tercero de los motivos de la reclamación, la reclamante denuncia nulidad de las cláusulas 3.4 y 3.5 del PPT por vulnerar lo dispuesto en la legislación eléctrica en cuanto a la definición, función y responsabilidad de los distintos actores que intervienen en el sector eléctrico.

En este sentido, la reclamante tras transcribir determinadas disposiciones de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, del Real Decreto 1995/2000, de 1 de diciembre, y de la Orden ECO/797/2002, de 22 de marzo, afirma que dichas cláusulas 3.4 y 3.5 del PPT trasladan a las empresas licitadoras -todas ellas por definición empresas comercializadoras-, un conjunto de obligaciones que les están vetadas “ex lege “; tales como, control e información de los cortes previstos y causa de los mismos, micro cortes o interrupciones no planificadas y, especialmente, obliga a “garantizar el suministro de energía demandada en todo momento durante el periodo ofertado, aunque dicha demanda difiera de las condiciones de contratación definidas en el punto 3.1 del presente pliego”.

Por su parte, la entidad contratante en su informe a la reclamación indica que, respecto a la garantía del suministro prevista en la cláusula 3.5 del PPT, a su juicio la reclamante confunde las diferentes tareas asignadas a los distintos



agentes intervinientes en el mercado del sector eléctrico, pues lo que se regula en la cláusula indicada no es más que una concreción del objeto del contrato, que es el suministro demandado en los diferentes puntos de las infraestructuras de GALASA; y se explicita que la prestación objeto del contrato (el suministro de energía eléctrica) ha de llevarse a cabo con arreglo a la demanda de la potencia instalada y a las necesidades puntuales de la actividad que se desarrolla en el centro de trabajo, o por la maquinaria adscritos a los diferentes suministros.

En este sentido, señala que a los meros efectos dialécticos se quiere expresar, por ejemplo, que en una oficina de GALASA, cuyo suministro resulta objeto de contratación, está obligada la entidad que resulte adjudicataria a cuidar que el suministro se produzca en plenitud con independencia del mayor número de horas que en las oficinas indicadas se mantenga su actividad.

Vistas las alegaciones de las partes, y con objeto de analizar la controversia, procede traer a colación el contenido de las cláusulas 3. 4 y 3.5 del PPT objeto de debate.

Cláusula 3.4 del PPT “calidad del suministro”: *«Los índices de calidad del suministro, serán los que determinan el RD 1955/2000 de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de las instalaciones de energía eléctrica y la Orden ECO/797/2002, de 22 de marzo, por la que se aprueba el procedimiento de medida y control de la continuidad del suministro eléctrico, o cualquier otra legislación que las complemente o sustituyan.*

Especialmente se tendrá en consideración:

- *Número y duración de las interrupciones (cortes y micro-cortes).*
- *Características de la onda de tensión: Límites máximos de variación de la tensión: $\pm 7\%$; Límites máximos de variación de la frecuencia: $\pm 5\%$.*
- *Calidad en la atención, información, asesoramiento, contratación, comunicación y reclamación.*



El adjudicatario se compromete con la aceptación de este Pliego a informar con suficiente anticipación de aquellos cortes planificados en la red por motivos técnicos. Así mismo el adjudicatario informará sobre la duración prevista y causa de los cortes, micro-cortes o interrupciones no planificadas.

La comunicación se hará directamente al Responsable del Contrato designado por GALASA a la dirección de correo electrónico y teléfono que se facilitará por ésta».

Cláusula 3.5 del PPT “calidad del suministro”: «Se atenderá a lo regulado en el RD 1955/2000 de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de las instalaciones de energía eléctrica, o cualquier otra legislación que la sustituya o complemente. No obstante, se deberá garantizar el suministro de energía demandada en todo momento durante el periodo ofertado, aunque dicha demanda difiera de las condiciones de contratación definidas en el punto 3.1 del presente Pliego».

Pues bien, con respecto a la cláusula 3.4 del PPT y como se ha expuesto la reclamante denuncia que se trasladan a las empresas licitadoras, todas ellas por definición empresas comercializadoras, un conjunto de obligaciones que les están vetadas “ex lege “; tales como, control e información de los cortes previstos y causa de los mismos, micro cortes o interrupciones no planificadas. Asimismo, como se ha expuesto, sobre dicho alegato no se ha pronunciado la entidad contratante en su informe a la reclamación en el que se limite a combatir el alegato de la reclamante respecto a la cláusula 3.5 del PPT.

Para su análisis se ha de partir del contenido de dicha cláusula que puede dividirse en dos partes. En la primera de ellas se dispone que los índices de calidad del suministro serán los que se establezcan en determinada normativa, fundamentalmente en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que en su capítulo II del título VI, artículos 99 a 110 regula la calidad del servicio, haciendo especial énfasis en lo relativo al número e identificación de las interrupciones (artículo 101 “continuidad del servicio”), características de la onda de tensión (artículo 102 “calidad del producto”) y calidad de la atención,



información, asesoramiento, contratación, comunicación y reclamación (artículo 103 “calidad de la atención al consumidor”). En este sentido, las citadas exigencias del PPT, en cuanto a los índices de calidad del suministro, habrán de ser asumidas por quien determine el citado Real Decreto 1955/2000, pues en ningún momento dicha primera parte de la cláusula 3.4 dispone lo contrario.

En la segunda parte de la cláusula que se examina sí se disponen determinadas exigencias que ha de asumir el adjudicatario, tales como informar con suficiente anticipación de aquellos cortes planificados en la red por motivos técnicos así como sobre la duración prevista y causa de los cortes, micro-cortes o interrupciones no planificadas. En este sentido, conforme al contenido de la parte de la cláusula que se examina, la entidad adjudicataria solo podría informar de aquellas circunstancias de las que tenga conocimiento, para lo que deberá arbitrar los mecanismos adecuados para ello, sin que lo anterior suponga que se le trasladen obligaciones que conforme a la normativa sectorial eléctrica no sean propias de su condición de empresa comercializadora.

Sobre este extremo, se ha pronunciado este Tribunal, en numerosas Resoluciones, entre otras, las números 295/2016, de 18 de noviembre, 341/2016, de 29 de diciembre, 203/2017, de 13 de octubre y 329/2018, de 27 de noviembre, o en la más reciente 79/2018, de 26 de marzo, en las que se dispone que *“es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las entidades licitadoras (...)”*.

Por tanto, corresponde a la entidad contratante determinar la manera o modo de configurar el objeto del contrato, lo que implica una discrecionalidad que debe ser respetada siempre que con ella no se conculquen, como ocurre en el



supuesto analizado, los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación.

Así en el caso examinado, la entidad contratante tiene la necesidad de ser informada de todo lo concerniente a las distintos cortes que se originen en el suministro y, en este sentido, ha de ser la entidad adjudicataria quien asuma esa exigencia, sin que ello suponga trasladarle obligaciones que conforme a la normativa sectorial eléctrica ha de asumir la empresa distribuidora de energía eléctrica, pues se trata de mera información que o bien conoce por su condición de comercializadora o bien ha de recabar de la distribuidora.

Procede, pues, desestimar la primera parte del tercer alegato de la reclamación en el que la reclamante cuestiona la legalidad de la cláusula 3.4 del PPT.

Con respecto a la cláusula 3.5 del PPT y como se ha expuesto la reclamante denuncia que especialmente se obliga a la entidad adjudicataria a garantizar el suministro de energía demandada en todo momento durante el periodo ofertado, aunque dicha demanda difiera de las condiciones de contratación definidas en el punto 3.1 del presente pliego.

En este sentido, aun cuando la reclamante solo cuestiona el último inciso de la citada cláusula 3.5 del PPT, para su análisis es preciso tomar en consideración el contenido íntegro de la misma. Así en ella se exige en una primera parte que en cuanto a la calidad del suministro habrá de estarse a lo regulado en el mencionado Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, o a cualquier otra legislación que la sustituya o complemente. Dicha exigencia lo es aun cuando no se hubiese establecido expresamente en los pliegos pues dicha norma es de obligado cumplimiento en el sector del suministro de energía eléctrica, por lo que no plantea mayor dificultad.



En cuanto a la segunda parte del contenido de la cláusula 3.5 del PPT, esta exige que la entidad adjudicataria garantice el suministro de energía demandada en todo momento durante el periodo ofertado, y ello con independencia de la demanda definida en la cláusula 3.1 del PPT, relativa a los puntos de suministro de energía eléctrica. Al respecto, esta última cláusula -3.1- dispone que dada la diversidad de instalaciones a contratar, la entidad adjudicataria deberá gestionar la totalidad de puntos de suministro de energía eléctrica, los cuales se han agrupado en función de las tarifas de acceso contratadas en cada caso, disponiendo a continuación en una tabla el número de puntos de suministro en función de la tarifa y de la tensión a suministrar (10 suministros de alta tensión y 110 de baja tensión).

En este sentido, la entidad contratante en su informe de alegaciones a la reclamación, concreta que lo que se regula en la segunda parte de la cláusula 3.5 del PPT es que la prestación ha de llevarse a cabo con arreglo a la demanda de la potencia instalada y a las necesidades puntuales de la actividad que se desarrolla en el centro de trabajo, o por la maquinaria adscrita a los diferentes suministros.

Así las cosas, la apreciación de la entidad contratante si bien es ajustada no es completa, pues la exigencia es abierta e indeterminada y va mucho más allá de lo expuesto en el informe a la reclamación, pues según su tenor la entidad adjudicataria se obligaría a garantizar no solo necesidades puntuales, como afirma la entidad contratante en el informe a la reclamación, sino cualquier demanda producida por nuevos puntos de suministro o no previstas en los pliegos. En este sentido, si la voluntad de la entidad contratante fue la de obligar a la entidad adjudicataria a asumir determinadas demandas puntuales debió haberlo recogido así en el pliego estimando, al menos, el porcentaje que ello supondría sobre la demanda total de energía eléctrica prevista en los pliegos, y no como lo ha hecho, dejando completamente indeterminada dicha obligación de la entidad contratista.



Procede, pues, estimar la segunda parte del tercer alegato de la reclamación en el que la reclamante cuestiona la legalidad del último inciso de la cláusula 3.5 del PPT.

OCTAVO. En el cuarto y último de los motivos de la reclamación, la reclamante denuncia nulidad de la cláusula 5.1 del PPT por vulnerar lo dispuesto en la normativa sectorial eléctrica en cuanto a que, en ningún caso, la entidad comercializadora es la responsable de la medición ni de los equipos de medida. Para reforzar su alegato la reclamante hace referencia al artículo 12 del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico.

Por su parte, la entidad contratante en su informe a la reclamación se opone a lo argumentado por la reclamante e indica que lo que se expresa en la citada cláusula es que la adjudicataria, adicionalmente al suministro, efectúe la tarea de control y gestión de los equipos de medida y su parametrización, con la finalidad de la optimización del consumo, en función de los horarios de tarifa, llevando a efecto, si fuera necesario, de forma delegada y en nombre de GALASA, las gestiones que fueran menester con la entidad distribuidora.

Vistas las alegaciones de las partes, y con objeto de analizar la controversia, procede traer a colación la parte del contenido de la cláusula 5.1 del PPT objeto de impugnación.

Cláusula 5.1 del PPT “equipos de medida: instalación, mantenimiento y verificación”: *«(...) El Adjudicatario se compromete a realizar, sin coste adicional alguno, las verificaciones sistemáticas obligatorias de los equipos de medida que determine el Operador del Sistema, de acuerdo con el R.D 1110/2007, de 24 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento Unificado de puntos de Medida o cualquier otra legislación vigente que la sustituya o complemente.*



En cualquier caso, independientemente de que el equipo de medida esté en régimen de alquiler o propiedad, el Adjudicatario se hará cargo de la gestión de las parametrizaciones que sean necesarias en dichos equipos (programación de festivos, cambios de potencia y/o condiciones de contratación, cambios de calendario de tarifa de acceso, etc) y asumirá el coste asociado (...)».

Pues bien, con respecto a la cláusula 5.1 del PPT y como se ha expuesto la reclamante denuncia que en ningún caso, la entidad comercializadora es la responsable de la medición ni de los equipos de medida.

Para su análisis se ha de partir del contenido que se impugna de dicha cláusula que puede dividirse en dos partes. En la primera de ellas se dispone que la entidad adjudicataria se compromete a realizar, sin coste adicional alguno, las verificaciones sistemáticas obligatorias de los equipos de medida que determine el operador del sistema, de acuerdo con el citado Real Decreto 1110/2007. Asimismo, como se ha expuesto, sobre dicho alegato no se ha pronunciado la entidad contratante en su informe a la reclamación en el que se limita a combatir el segundo párrafo cuestionado por la reclamante.

Al respecto, el Real Decreto 1110/2007 en cuanto a las verificaciones sistemáticas de los equipos de medida dispone en su artículo 3 que las mismas han de ser realizadas por el denominado por la norma “verificador de medidas eléctricas” que ha de ser una entidad autorizada por la Administración competente, sin interés económico en la medida, e independiente de los participantes con interés económico en el punto de medida.

En este sentido, para cumplir la exigencia prevista en el párrafo de la cláusula cuestionada la entidad adjudicataria tendría necesariamente que subcontratar dicha obligación, dado que el verificador ha de ser una entidad sin interés económico en la medida, no pudiendo por tanto ser la adjudicataria. Dicha subcontratación obligatoria no está amparada por la normativa contractual



(artículo 215 de la LCSP), que la configura como una opción por parte de la entidad contratista si se cumplen los requisitos exigidos.

Procede, pues, estimar la primera parte del cuarto alegato de la reclamación en el que la reclamante cuestiona la legalidad de la exigencia de que la entidad adjudicataria ha de realizar las verificaciones sistemáticas obligatorias de los equipos de medida.

En cuanto al segundo párrafo que cuestiona la reclamante de la cláusula 5.1, en la misma se exige que la entidad adjudicataria se hará cargo de la gestión de las parametrizaciones que sean necesarias en dichos equipos (programación de festivos, cambios de potencia y/o condiciones de contratación, cambios de calendario de tarifa de acceso, etc) y asumirá el coste asociado.

En este sentido, y al igual que se expuso en el fundamento anterior, la apreciación realizada por la entidad contratante en su informe a la reclamación, si bien es ajustada no es completa, pues la exigencia es abierta e indeterminada y va mucho más allá de lo expuesto en el informe a la reclamación, pues según su tenor la entidad adjudicataria se obligaría no solo al control y gestión de los equipos de medida y su parametrización con la finalidad de la optimización del consumo, sino de la gestión de las parametrizaciones que sean necesarias en dichos equipos, relativas entre otras a programación de festivos, cambios de potencia y/o condiciones de contratación, cambios de calendario de tarifa de acceso, etc. En este sentido, si la voluntad de la entidad contratante fue la de obligar a la entidad adjudicataria a asumir determinadas exigencias relativas a la gestión de la parametrización de equipos de medida con una determinada finalidad, debió haberlo recogido así en los pliegos, y no como lo ha hecho, dejando indeterminada dicha obligación de la entidad contratista.

Procede, pues, estimar la segunda parte del cuarto alegato de la reclamación en el que la reclamante cuestiona la legalidad de la exigencia de que la entidad



adjudicataria ha de realizar a su cargo la gestión de las parametrizaciones que sean necesarias en los equipos de medida.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de prescripciones técnicas, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

Asimismo, de convocarse una nueva licitación, se habrá de tener en cuenta que el régimen jurídico de aplicación es el previsto en la Ley 31/2007, si se cumplen los requisitos establecidos en su artículo 1.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **NEXUS ENERGÍA, S.A.** contra el pliego de prescripciones técnicas que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica a las instalaciones de Galasa” (Expte. DIR180618), convocado por la entidad pública empresarial Gestión de Aguas del Levante Almeriense, S.A. y, en consecuencia, anular el mismo en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 106.4 de la Ley 31/2007, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de



adjudicación, adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 30 de noviembre de 2018.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

