

Recurso 36/2020

Resolución 314/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EPRESA ENERGÍA S.A.** contra los pliegos y restante documentación contractual que rigen el contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en baja y media tensión de instalaciones cuya titularidad corresponde a Grupo Energético de Puerto Real, S.A.”, convocado por esta última sociedad, ente instrumental del Ayuntamiento de Puerto Real -Cádiz- (Expte. E2020-003), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de enero de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento, pudiendo accederse a los pliegos de la citada contratación el mismo día a través de dicho medio.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 489.612,29 euros.

SEGUNDO. Conforme a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, contra el cual no consta que se haya interpuesto en plazo recurso o reclamación en materia de contratación, la licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 3 de febrero de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por EPRESA ENERGÍA, S.A. (EPRESA, en adelante) contra el anuncio, pliegos y demás documentación de la contratación referenciada. En su escrito de impugnación, la entidad recurrente insta la suspensión del procedimiento de adjudicación, habiéndose adoptado por este Tribunal resolución acordando la medida cautelar solicitada.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 3 de febrero de 2020, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación se recibió en el Registro del Tribunal el 27 de febrero, a excepción del listado de licitadores que tuvo entrada el 13 de marzo.

QUINTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SEXTO. Mediante escritos de 22 de junio de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose presentado en plazo las formuladas por la entidad COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por un ente instrumental del Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 24 de junio de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Puerto Real (Cádiz), al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, toda vez que no consta que la misma haya presentado oferta en la licitación promovida cuyos pliegos impugna.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

La recurrente funda su legitimación en la condición de interesada en el procedimiento que ostenta *“al ser la empresa que actualmente tiene contratado el suministro eléctrico que es objeto de licitación, mediante contrato en vigor hasta el año 2021”.* Aduce que sus derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados *“toda vez que podría resultar adjudicataria del contrato una tercera empresa para la prestación de un suministro que actualmente está siendo facilitado por EPRESA en cumplimiento del contrato vigente”.*



En tal sentido, alega que tiene suscrito un “contrato marco” de comercialización de energía eléctrica con la entidad contratante GRUPO ENERGÉTICO DE PUERTO REAL, S.A. (GEN, en adelante) para el suministro que es objeto de licitación, el cual se encuentra vigente por virtud de prórrogas automáticas previstas en su estipulación segunda, sin que la recurrente tenga conocimiento de que GEN haya instado la resolución del contrato en cuestión. Asimismo, señala que en cumplimiento del referido acuerdo marco viene suministrando energía eléctrica no solo a los puntos que ahora son objeto de licitación sino también *“a aquellos otros que han sido objeto de encomienda de gestión por parte del Excmo. Ayuntamiento de Puerto Real a GEN”*.

Además, sostiene que, pese a que GEN mantiene impagadas un buen número de facturas mensuales correspondientes a dichos suministros, no ha dejado de prestar el suministro eléctrico a todos los puntos objeto del acuerdo marco suscrito.

En su informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que del contenido del recurso se deduce que la recurrente no se dirige contra los pliegos sino contra la licitación en sí. Señala que EPRESA es la actual suministradora de energía eléctrica de las instalaciones de GEN y la convocatoria de esta licitación supone que puede dejar de serlo, *“de ahí que invente unas presuntas irregularidades en los pliegos (que después analizaremos) con el único y exclusivo objeto de evitar o dilatar la adjudicación del nuevo contrato beneficiándose directa e indubitadamente de tal dilación”*.

A juicio del órgano de contratación, el planteamiento general de la impugnación pone de manifiesto *“el uso ilegítimo, inapropiado y absolutamente en fraude de ley del recuso especial en materia de contratación”*, puesto que se utiliza esta vía para denunciar presuntos incumplimientos contractuales e incluso el impago de unas facturas, que en todo caso se deben dirimir en los tribunales de justicia ordinarios (jurisdicción civil).

Además, sostiene el órgano de contratación que, si bien la recurrente manifiesta que los pliegos le producen indefensión y perjuicio a sus derechos e intereses legítimos, no son aquellos sino la nueva licitación del contrato con sometimiento a pública concurrencia lo que verdaderamente puede causar un perjuicio a sus intereses, perjuicio en tal caso absolutamente legítimo; y que no existe indefensión para la recurrente quien reúne los requisitos de capacidad y solvencia técnica para optar de nuevo al contrato y nada le impide presentar su oferta. No obstante, prosigue el órgano de contratación *“está claro que lo que*



no desea el recurrente bajo ningún concepto es someterse a las reglas de la libre competencia ya que sus precios no resultan en absoluto competitivos”.

Por último, la entidad COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L., en sus alegaciones al recurso, se pronuncia en términos parecidos al órgano de contratación sosteniendo, en síntesis, que se aprecia *“interés económico”* en el recurso habida cuenta que se presenta para alargar en el tiempo el proceso de licitación *“con una clara intención de lucro”*.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes a propósito del interés perseguido por EPRESA con la presente impugnación y siendo la legitimación un requisito esencial para la admisión del recurso especial, procede detenerse en su análisis.

Al respecto, en numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre y 342/2018, de 11 de diciembre) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato.

En definitiva, como quiera que el artículo 48 de la LCSP anteriormente transcrito, pese a su amplitud, no reconoce legitimación para el ejercicio de la acción pública a través del recurso especial, si la entidad



recurrente no pudiera resultar en modo alguno adjudicataria del contrato licitado y/o ni siquiera persiguiese concurrir a la licitación, procedería la inadmisión de aquel por falta de legitimación.

Debe, pues, analizarse la legitimación de EPRESA para interponer el recurso especial impugnando el anuncio y los pliegos de la licitación. Al respecto, hemos de efectuar las siguientes consideraciones:

1. La recurrente funda su interés en ser la empresa que actualmente tiene contratado el suministro objeto de licitación y en el perjuicio que le supondría que una tercera empresa obtuviese la adjudicación del nuevo contrato; no obstante, no ha presentado oferta en el nuevo procedimiento lo que, prima facie, determina que su interés real está en que continúe el contrato vigente y no en que se le adjudique el licitado.

2. La recurrente no ha dejado de participar en la licitación promovida por el hecho de que los pliegos se lo impidan o restrinjan sus posibilidades de acceso, únicos supuestos que legitiman, conforme a doctrina reiterada, para interponer el recurso contra los pliegos pese a no ostentar la condición de licitador. Con la eventual estimación del recurso contra los pliegos, EPRESA no persigue eliminar los obstáculos que le hubiesen impedido participar en el procedimiento; prueba de ello son los motivos en que ha fundado su recurso, los cuales van más dirigidos, como señala el órgano de contratación, a que la licitación no continúe que a eliminar obstáculos para participar en ella.

Así, el recurso se fundamenta en la *“ausencia de motivación o justificación de la necesidad de la licitación”*, en la vulneración del principio de igualdad de trato al promoverse *“la licitación de unos suministros para los que ya existe empresa proveedora”* y en infracciones de la LCSP que sustantivamente no limitan la posibilidad de acceso de la recurrente, como son la falta de presentación electrónica de las ofertas, la indebida composición de la mesa de contratación, algún defecto en la tramitación del procedimiento o la falta de justificación de la aprobación del gasto. Únicamente los alegatos de falta de división en lotes e indeterminación del presupuesto de licitación podrían justificar la legitimación si evidenciaran que EPRESA persigue su corrección para poder licitar, si bien el contenido de tales alegatos en relación con el resto del recurso no evidencian interés real de la recurrente en que el contrato se divida en lotes o en que presupuesto se determine para de ese modo favorecer su participación en la licitación.



Debe concluirse, pues, que la recurrente no ostenta interés legítimo para la interposición del presente recurso. Por lo demás, así lo ha declarado este Tribunal en supuestos similares al presente como el abordado en nuestra reciente Resolución 215/2020, de 18 de junio, donde indicábamos:

«Como hemos señalado en nuestra reciente Resolución 156/2020, de 1 de junio, sobre la legitimación para impugnar los pliegos que rigen una licitación existe una consolidada doctrina de los órganos competentes para la resolución del recurso especial. Así, en su reciente Resolución 326/2020, de 5 de marzo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala:

<<Tercero. Respecto a la legitimación del recurrente, debemos señalar lo siguiente:

El artículo 48 de la LCSP, dispone que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, procede hacer un examen de la legitimación del recurrente toda vez que no ha presentado oferta en la licitación impugnada, como cuestión previa al estudio del fundamento del recurso. En este sentido, y como afirma la reciente resolución 1166/2019 de este Tribunal:

“La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).>>

Así las cosas, en el presente recurso la recurrente manifiesta que su condición de interesada deriva de que tiene abierto al público un Hostal y un Restaurante en la misma zona que es objeto del contrato de concesión de servicios. Por ello no pretende tanto corregir las posibles infracciones de los pliegos que le impidan o dificulten presentar una oferta, como impedir la propia licitación del contrato (...)»



Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso especial por falta de legitimación de la entidad recurrente. Esta causa de inadmisión hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar en el fondo del asunto.

TERCERO. Tanto el órgano de contratación como la entidad interesada solicitan la imposición de multa a la recurrente por temeridad y mala fe.

El órgano de contratación aduce que existe fraude de ley en el uso de la vía del recurso especial, así como temeridad y mala fe tanto en su interposición como en la solicitud de medida cautelar, solicitando que se imponga una multa a la recurrente por el perjuicio ocasionado. En tal sentido, manifiesta que *“para el cálculo del importe informamos que los potenciales beneficios obtenidos por la recurrente con la interposición del presente recurso es el equivalente al importe de la facturación de los meses que se demore la adjudicación del nuevo contrato como consecuencia de la interposición del recurso a razón de 3.763,13 € (sin IVA) mensuales”*.

Por su parte, la entidad interesada en su escrito de alegaciones manifiesta que *“el perjuicio económico ocasionado a Comercializadora de Electricidad y Gas del Mediterráneo S.L. suma la cantidad de 5900€ resultante del cálculo del precio ofertado y el precio de compra de la energía desde la fecha estimada de firma del contrato hasta el día de hoy”*.

Este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene.



Asimismo, como señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional :

«Es criterio de esta Sala que *“La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución”* (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular *“algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”*; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la *“facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”*, pues *“en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”* (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

En el supuesto examinado, la recurrente no ha participado en la licitación, revelando el contenido del recurso que no tiene ningún interés en ello y sí en que continúe el contrato que actualmente tiene suscrito, el cual se vería irremediamente afectado con la adjudicación del nuevo. Resulta evidente, pues, que la interposición del recurso y la adopción de la medida cautelar solicitada suponen para EPRESA alargar la vigencia del contrato actual en perjuicio del interés público que se presume en la adjudicación y formalización del nuevo contrato, demoradas como consecuencia del recurso.



Lo anterior denota, a juicio de este Tribunal, mala fe en la interposición del recurso y es muestra de deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, por lo que procede la imposición de multa.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *“(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”*.

En el supuesto enjuiciado, el órgano de contratación señala el importe mensual del beneficio obtenido por la recurrente con la interposición del recurso en atención al importe de la facturación mensual y la entidad interesada cifra el perjuicio que para ella ha supuesto el recurso hasta el momento de su escrito de alegaciones en una determinada cantidad. No obstante, en ninguno de los dos casos la cuantificación del beneficio/perjuicio aparece claramente explicitada. Se aportan cifras globales sin la debida justificación y/o acreditación que permita verificar la realidad de dichos importes, así como la validez del cálculo efectuado.

Pese a ello, es un dato objetivo que la suspensión de la licitación como consecuencia del recurso y de la medida cautelar adoptada, sin contar el plazo de suspensión operado ex lege por la situación de crisis sanitaria, ha permitido a la recurrente beneficiarse económicamente de la continuidad en la prestación y consiguiente facturación del suministro. Por ello, en razón a la mala fe apreciada y considerando el mínimo perjuicio/beneficio producidos con base en las manifestaciones del órgano de contratación y entidad interesada, este Tribunal considera que procede imponer multa a la recurrente por importe de 3.000 euros.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EPRESA ENERGÍA S.A.** contra los pliegos y restante documentación contractual que rigen el contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en baja y media tensión de instalaciones cuya titularidad corresponde a Grupo Energético de Puerto Real, S.A.”, convocado por esta última sociedad, ente instrumental del



Ayuntamiento de Puerto Real -Cádiz- (Expte. E2020-003), por falta de legitimación activa de la entidad recurrente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la LCSP, se acuerda imponer a la entidad recurrente una multa por mala fe en cuantía de 3.000 euros.

CUARTO. 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.

