

Recurso 156/2021

Resolución 269/2021

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

Sevilla, 8 de julio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.** contra el acuerdo, de 4 de febrero de 2021, del órgano de contratación por el que admiten determinadas ofertas al procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para el alumbrado público, dependencias municipales y colegios públicos de la ciudad” (Expte. 102/2020), convocado por el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de diciembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 6.389.931.89 euros. Dicho anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de diciembre de 2020 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 9 de diciembre de 2020.



A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El órgano de contratación mediante acuerdo, de 4 de febrero de 2021, admite entre otras las ofertas de las entidades ENDESA ENERGÍA S.A.U. y ENERGÍA NUFRI, S.L..

SEGUNDO. El 8 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L. (en adelante CEGASME) contra el citado acuerdo de admisión de 4 de febrero de 2021. Del citado escrito de recurso, este Órgano no tuvo conocimiento hasta el 8 de abril de 2021, día en que el soporte informático del tramitador del procedimiento de recurso lo puso en conocimiento de la Secretaría de este Tribunal.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por dicha Secretaría al órgano de contratación, el 9 de abril de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 16 de abril de 2021.

Respecto a la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente, este Tribunal no pudo pronunciarse sobre la misma, dado que a fecha de 8 de abril de 2021, día en que este Órgano tuvo conocimiento de la existencia del recurso, el contrato estaba adjudicado, formalizado y en ejecución.

Con fecha 3 de mayo de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad ENDESA ENERGÍA S.A.U..



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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 el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el 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 29 de enero de 2014 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dado que una eventual estimación del recurso en su integridad determinaría que la recurrente estuviera en condiciones de obtener la adjudicación.

TERCERO. En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de admisión de determinadas entidades licitadoras en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Al respecto, a juicio de la entidad ENDESA ENERGÍA S.A.U., el acto recurrido no es de trámite cualificado tal y como se hace constar en el propio acuerdo del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, afirmación que este Tribunal no puede compartir. En este sentido, el artículo 44.2.b) de la LCSP en su primer inciso establece los requisitos que tienen que reunir los actos para que puedan ser considerados como susceptible de recurso especial en materia de contratación *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación,*



determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.», y en el segundo inciso define aquellos actos que han de ser considerados en todo caso como de trámite cualificados y por tanto susceptibles de recurso especial *«En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»*.

En definitiva, los actos de admisión de entidades licitadoras, como en el supuesto que se examina, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, consta que el acuerdo de admisión objeto de recurso fue notificado a la entidad ahora recurrente el 15 de febrero de 2021, por lo que el recurso presentado el 8 de marzo de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo expreso de admisión de las entidades ENDESA ENERGÍA S.A.U. y ENERGÍA NUFRI, S.L., solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se acuerde: *«- Anular y retrotraer las actuaciones al momento en que, indebidamente, se acordó admitir la oferta económica presentada por las mercantiles ENDESA ENERGÍA S.A.U Y ENERGÍA NUFRI, S.L.*

- Inadmitir la oferta económica presentada por las entidades privadas ENDESA ENERGÍA S.A.U Y ENERGÍA NUFRI, S.L.

- Puntuar la tarifa 6P ofertada por la mercantil COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRANEO, S.L. y del resto de licitadores de acuerdo con lo estipulado en los PCAP y PPT.».

La recurrente argumenta su pretensión en dos motivos de recurso, en el primero de ellos, señala que no hay motivación jurídica en el acuerdo de admisión recurrido, y en el segundo, que las ofertas presentadas



por las entidades ENDESA ENERGÍA S.A.U. y ENERGÍA NUFRI, S.L. (en adelante las ofertas admitidas) incumplieron lo dispuesto en el pliego prescripciones técnicas (PPT).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad interesada ENDESA ENERGÍA S.A.U. (en adelante ENDESA) se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso, la recurrente denuncia que no hay motivación jurídica en el acuerdo de admisión recurrido.

En este sentido, señala que *«en las actas recibidas no consta, ni transcritos ni como anexos a las mismas, los informes evacuados que sirven de base para que la Mesa de Contratación y el órgano de contratación (es decir, la Junta de Gobierno Local) acuerden admitir las ofertas presentadas, después de la denuncia de esta parte ante la propia Mesa de Contratación de que dos de las empresas licitadoras incumplían las bases del procedimiento de licitación, por lo que esta parte desconoce los fundamentos de hecho y jurídicos que fundamenta la admisión de estos dos licitadores, careciendo por tanto de argumentos para poder rebatir los fundamentos (que no existen) de la administración para admitir dichas ofertas, provocando una clara indefensión a esta parte.»*.

Pues bien, prima facie, procede analizar si en términos generales la admisión de las entidades licitadoras ha de estar motivada. Al respecto, el artículo 151 de la LCSP dispone lo siguiente:

«1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:



a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.

En la notificación se indicará el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato conforme al apartado 3 del artículo 153 de la presente Ley.

3. La notificación se realizará por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta.».

Como ya ha manifestado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 19/2016, de 28 de enero, 238/2016 de 4 de octubre, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto y así poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).

En relación con el precepto citado, atendiendo a su contenido, se concluye que el mismo no abarca la motivación de aquellos aspectos relativos a la admisión de las entidades licitadoras, sino solo de los referidos a su exclusión o descarte.

En definitiva, conforme al artículo 151 de la LCSP, la admisión de las entidades licitadoras, no puede considerarse carente de motivación por la circunstancia de no exponer las razones conducentes a la



aceptación de las ofertas admitidas a la licitación, ya que este extremo nada tiene que ver con *«las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas»*, que es la dicción literal del artículo 151.2.c) de la LCSP. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en su Resoluciones 238/2016, de 4 de octubre, 136/2017, de 30 de junio, 169/2018, de 8 de junio, 310/2018, de 6 de noviembre y 336/2018, de 30 de noviembre.

En el mismo sentido expuesto, la Resolución 41/2014, de 26 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señala refiriéndose a la motivación de la adjudicación que *«(...) no es necesario ninguna referencia a la aceptación de la oferta incurrida en presunción de anormal o temeraria, dado que no se trata de una característica de la oferta determinante de la adjudicación»*.

Sin embargo, dicha doctrina general no puede aplicarse en el supuesto examinado en el que el acto de admisión ha sido expresamente notificado a la entidad ahora recurrente. En efecto, como se ha expuesto, conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP, la admisión es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, ello supone, que de notificarse expresamente dicho acto de admisión a las entidades licitadoras éstas disponen, en su caso, de 15 días hábiles para su impugnación, so pena de dejar firme el acto que por tanto sería ya inatacable. Desde esa óptica, dicho acto de admisión ha de estar lo suficientemente motivado para permitir poder interponer un recurso especial con todas las garantías.

Visto que en el caso que nos ocupa, el acto de admisión ha de estar motivado, procede analizar si ello es así o por el contrario, como alega la recurrente, adolece de la necesaria motivación. En ese sentido, a juicio de este Tribunal, en el acuerdo segundo del acto que se recurre se exponen los motivos por los que las entidades ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L. fueron admitidas a la licitación. En concreto, se recoge la respuesta dada por el órgano de contratación al escrito formalizado el 18 de enero de 2021 por la entidad ahora recurrente, en el que en lo que aquí interesa formula la siguiente petición: *«Que habiendo asistido telemáticamente a la apertura de las proposiciones económicas, solicita que las entidades Endesa Energía S.A.U. y Energía Nufri, S.L.U. sean excluidas de la licitación al no ofrecer precios unitarios para la tarifa 6.1A, de conformidad a lo dispuesto en los Pliegos reguladores del contrato.»*, cuya contestación por parte del órgano de contratación que consta como se ha expuesto en el acuerdo recurrido es la siguiente: *«Que la entidad Comercializadora de Electricidad y Gas del Mediterráneo, S.L., también incurre en falta, toda vez que, dicha tarifa 6P se refiere a Tarifa Alta Tensión: 6 Periodos Tarifarios, y se subdividen en 6.1.A, 6.2.A, 6.3.A, 6.4.A. y 6.5.A, según se detalla en el R.D.*



1.164/2.001, de 26 de diciembre, por lo que no habría ofertado todas las tarifas pertinentes. De otro lado, no es relevante para el contrato que otras licitadoras no hayan presentado oferta para todas las tarifas 6P. En un contrato de estas características con 268 puntos de suministro, la existencia de un único punto de suministro de tarifa 6 sin consumo, el valor de esa oferta es insignificante, y en consecuencia, dicha Técnica no la ha tenido en cuenta para ningunas de las ofertas».

En efecto, en el acto recurrido se recogen los motivos por los que las ofertas de las entidades ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L. fueron admitidas a la licitación, exponiendo los aspectos por los cuales a dichas entidades a pesar de no presentar oferta a todas las tarifas 6P, no fueron excluidas de la licitación, al entender el órgano de contratación que no era relevante para el contrato de las características del que se licita con 268 puntos de suministro, la existencia de un único punto de suministro de tarifa 6P sin consumo, al ser ese valor insignificante, y por tanto no lo tuvo en cuenta para ningunas de las ofertas, de tal suerte que cualquier entidad interesada ha tenido el debido conocimiento de los motivos del acto de admisión y así poder defender sus derechos e intereses.

Asimismo, a mayor abundamiento, respecto a la indefensión alegada para la formulación del presente recurso, si la recurrente consideró insuficiente la información recibida del órgano de contratación y la publicada en el perfil de contratante al objeto de fundamentar adecuadamente su escrito de interposición, pudo haber solicitado la vista de expediente ante el órgano de contratación y, en su caso, ante este Tribunal con ocasión de la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el 52 de la LCSP.

Por tanto, no habiendo hecho uso de esta posibilidad, y estando el acto de admisión suficientemente motivado, no cabe apreciar la indefensión alegada.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia que las ofertas admitidas incumplieron lo dispuesto en el PPT.

En este sentido la recurrente, tras reproducir parte de las cláusulas 3, 4, 6, 7 y 8 del PPT, señala entre otras consideraciones: i) que el presente contrato es unificado en el que se diferencian dos grupos de



suministros, ii) que no existen lotes, por lo que la oferta debe hacerse de forma conjunta a los grupos BT y MT con cada una de sus tarifas, iii) que el precio es un montante económico conforme a los precios unitarios de los productos que conforman el contrato y la oferta que formule la entidad licitadora, conforme a la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), iv) que para calcular el término de energía, deberá tenerse en cuenta los precios unitarios del kw/h, en cuyo caso, quedaría afectado cada uno de los suministros y v) para calcular el término de potencia, deberá tenerse en cuenta la tarifa de acceso, en cuyo caso, quedaría afectada cada una de las tarifas, como la 6P.

Sin embargo, afirma la recurrente que en el listado de puntos de suministro del Ayuntamiento solo aparece un suministro con 6.1.A, no habiendo ningún punto de suministro en la ciudad con las tarifas 6.2.A en adelante, *«por lo que en ningún caso se incurre en falta por no haber ofertado desde las tarifas 6.1.A en adelante»*.

En este sentido, afirma que la oferta presentada por las entidades admitidas omiten los precios unitarios para la tarifa 6.1.A, incluida en el grupo MT, incumpliendo de esta forma la oferta económica según lo especificado en el PCAP, y desviando el objeto de la contratación, puesto que se trataba de un componente adicional a tener en cuenta en dicha oferta económica incluida en uno de los grupos objeto de licitación.

Por su parte, ante la afirmación vertida en el acuerdo que se recurre de *«considerar que no es relevante para el contrato que otras licitadoras no hayan presentado oferta para la tarifa 6.P porque entiende que en un contrato de estas características con 268 puntos de suministro, la existencia de un único punto de suministro con tarifa 6 sin consumo es insignificante»*, la recurrente esgrime las siguientes razones por las que no está de acuerdo con dicha afirmación:

1. La tarifa 6P forma parte del objeto del contrato afectando directamente en el precio final de la oferta económica y en la valoración o puntuación asignada.
2. No tener en cuenta que otras entidades licitadoras no hayan ofertado nada para la tarifa 6P le ha ocasionado un perjuicio, ya que se admiten dos ofertas que no cumplen de forma íntegra el objeto de la licitación, alterando de esta forma el orden de admisión de las ofertas y, consecuentemente, la puntuación otorgada a cada una de las empresas licitadoras.
3. De no haber sido relevante licitar la tarifa 6P, no alcanza a entender los motivos de su licitación e inclusión en los pliegos.



4. La existencia de un único punto de suministro de tarifa 6.1.A, sin consumo, puede ser insignificante para el Ayuntamiento actualmente porque el año anterior no hubo consumo, puesto que las fiestas se cancelaron con el COVID-19 pero este contrato tiene una duración de dos años más una prórroga y cuando se levante la situación excepcional que actualmente se atraviesa, las fiestas se celebrarán y esa tarifa con su punto de suministro comenzará a funcionar.

En conclusión, a juicio de la recurrente, las ofertas presentadas por las entidades admitidas (ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L.) omiten los precios unitarios para la tarifa 6.1.A, incluida en el grupo MT.

En el informe al recurso, el órgano de contratación textualmente indica lo siguiente:

«(...) los consumos que se toman como base en la licitación para el cálculo de los precios unitarios por cada período, son los consumos anuales del año 2019, tal como recoge la cláusula 10ª referido al Término de Energía en su penúltimo párrafo. En dicho año, no había todavía situación de alarma sanitaria y ya entonces el único punto de suministro con tarifa 6 no tenía consumo, esto es, el consumo es cero, y por lo tanto, el cálculo que se practique sobre la base de un consumo 0 será siempre 0. Por consiguiente, no afecta en nada al cómputo final. Al igual que tampoco afecta para el cómputo otros puntos de consumos que no son de Tarifa 6 y que al igual que éste también es de consumo 0, que están en la relación pero que no han computado para ninguna de las entidades que han presentado oferta.

La circunstancia que se da con los puntos de consumo es que han existido en este Ayuntamiento pero que muchos de ellos ya no están disponibles, siendo por consiguiente de consumo 0. En tales casos siguen apareciendo en el listado pero con la particularidad que ya hemos reseñado. De otro lado, es de reseñar tal como se recoge en el Acta elaborada el pasado día 02/02/2021, la proposición formulada por la entidad recurrente, si bien, oferta la Tarifa 6.1.A., el Pliego de Prescripciones Técnicas en su cláusula 8.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas designa la Tarifa 6 P de 6 períodos tarifarios, y la entidad recurrente sólo ha puesto una, arriba reseñada, y no ha habido inconveniente en su admisión.

Otra cuestión a considerar sería el hecho que manifiesta la recurrente en el sentido que de haber sabido que esa tarifa no se iba a tener en cuenta en el momento de valorar la oferta económica (algo que no entendemos porque al no tener consumo siendo como es del año 2019, antes de la Pandemia), su oferta hubiera sido otra. Desconocemos los motivos sobre los que se sustenta esa afirmación, dado que ese es un punto de suministro más los 268 puntos de suministro restantes y si el consumo ha sido 0 en una etapa anterior a la Pandemia, el hecho de



que exista o no la crisis sanitaria en la que estamos inmersos no afecta en modo alguno a su reactivación, y que tanto ésta como los restantes apartados de la Tarifa 6 pueden ser activados en cualquier momento, toda vez que, este contrato es a demanda de la Administración y ésta inmoviliza en el período de licitación lo que tiene en ese momento, sin excluir otras opciones que puedan darse con respecto a la Tarifa 6 en todas sus modalidades, dependiendo en tal caso de las necesidades que se le plantearan a la Administración.».

Por último, ENDESA en su escrito de alegaciones al recurso indica que la recurrente le reprocha que no ofertó la tarifa 6.1.A para un punto de suministro eventual en alta tensión, cuyo alcance se regula en la cláusula 8 del PPT, donde son dos los puntos de suministro incluidos clasificados en el grupo MT, que según el documento publicado en el perfil de contratante “MT.pdf” son los dos de alta tensión y tienen tarifa 3.1.A, no la tarifa 6.1.A como pretende la recurrente.

En este sentido, a juicio de ENDESA la referencia que hace la recurrente al punto de suministro que tiene tarifa 6.1.A es un error, pues es un punto de suministro eventual que no está clasificado en alta tensión, sino en el grupo de baja tensión, concretamente en el documento publicado “BT dos.pdf”, cuyas tarifas a considerar son las recogidas en las cláusulas 6 y 7 del PPT, entre las que no se exige incluir el precio unitario para la tarifa 3.1.A. Además, dicho punto de suministro eventual no generó consumo en el año 2019 y, por tanto, en ningún caso afectaría al cálculo de la oferta económica.

Concluye ENDESA que su oferta se ajustó al modelo anexo VI del PCAP (que no contenía cuadro de tarifas), así como a las exigencias contenidas en los pliegos de la licitación, habiendo ofertado las tarifas correspondientes a todos los puntos de suministro objeto de licitación, en particular, para los suministros clasificados en alta tensión (grupo MT) la tarifa 3.1.A, que es la única aplicable a dichos suministros.

OCTAVO. Vistas las alegaciones de las partes respecto del segundo y último de los motivos del recurso, procede el análisis de la controversia en la que se denuncia que las ofertas presentadas por las entidades admitidas (ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L.) omiten los precios unitarios para la tarifa 6.1.A, incluida en el grupo MT.

Al respecto, en lo que aquí interesa, el PPT indica en su cláusula 3 que en la presente contratación se diferencian dos tipos de suministro, el grupo BT que serían los suministros eléctricos en baja tensión indicados en el anexo 1, y el grupo MT que serían los suministros eléctricos en media tensión indicados en



el citada anexo 1, que es según se afirma en el recurso en el grupo (MT) donde se incluye la tarifa 6.1.A. Dicho grupo MT, según la cláusula 4 del citado pliego, está compuesto por dos puntos de suministro.

Las prescripciones técnicas particulares del grupo MT se describen en la cláusula 8.2 del PPT con el siguiente tenor:

«La potencia actual de los suministros del grupo MT, será la potencia a la que deban ajustarse los comercializadores licitadores. Si existe alguna propuesta de cambio de potencia en la nueva contratación con respecto a la actual, el comercializador adjudicatario se ocupará de tramitar dicho cambio, coordinado con Ayuntamiento, Gestor Energético y Distribuidora. En particular, se indica la potencia óptima de facturación en los suministros de alta tensión. Para los suministros incluidos en este apartado las tarifas de acceso a aplicar serán las definidas en el Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre.

- Tarifa 3.1A: tarifa para alta tensión, con tres periodos.

- Tarifa 6P, tarifa general de alta tensión, de 6 periodos, ($P_i > 450$ kW).

Los periodos tarifarios para cada una de las modalidades de las tarifas de acceso anteriores, serán los establecidos según la legislación vigente en cada momento. Los cambios de horario de invierno a verano o viceversa coincidirán con la fecha del cambio oficial de hora.».

Asimismo, en el documento publicado en el perfil de contratante “MT.pdf”, se recogen los dos suministros y para cada uno de ellos, la denominación del lugar, los CUPS, el tipo de suministro, la dirección de facturación, la ubicación, la tarifa y el consumo de activa y reactiva en el año 2019. En concreto en el apartado “tarifa” se indica en cada uno de ellos la 3.1.A.

Por su parte, el PCAP en su cláusula 15, respecto al sobre número 2 (proposición económica) señala que *«Contendrá la oferta económica en la que se expresará el precio de ejecución del contrato debiendo figurar como partida independiente el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido. La oferta económica se presentará conforme al modelo que se incorpora como Anexo VI, IVA excluido, no debiendo rebasar en ningún momento el presupuesto base de licitación.*

La oferta económica se considerará en dos lotes y se determinará para cada suministro de la forma que sigue:

Termino de Energia:



Para cada uno de los puntos de suministro, se ofertará precio del KWh (sin I.V.A) para cada uno de los periodos horarios. Los precios ofertados incluirán todos los conceptos técnicos, económicos e impositivos (tales como los términos de energía de las tarifas de acceso, etc.), derivados de la prestación del suministro. Este término de energía TE, estará desglosado en $TE = Ter + Tel$.

Ter = Término de energía regulado (100% regulado).

Tel = Término de energía libre (donde se incluyen el valor de la energía y su margen comercial, con las pérdidas, tasa del suelo y costes financieros).

Los consumos que se tomarán de base para el cálculo de los precios unitarios por cada periodo serán los consumos anuales del año 2019 (Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas).

El precio de la energía se calculará mediante la aplicación de los precios ofertados por KWh para cada punto de suministro y periodo horario.

Termino de potencia

TP = Término de potencia: (100% regulado en las tarifas de acceso).

Al coste de la energía calculado por agregación de los resultados obtenidos para cada punto de suministro, se añadirá a continuación el coste del término de potencia de las tarifas de acceso. Para ello se considerará que la potencia contratada es la mostrada en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas para todos los periodos. Para su determinación se empleará la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre o la que la sustituya, una vez incrementados los valores según el impuesto especial sobre la Electricidad.

(...)

Sumados los términos anteriores para cada uno de los suministros del Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, la cantidad resultante será considerada la Oferta Económica del licitador. Esta oferta no podrá ser en ningún caso superior al precio base de licitación cifrado en la cláusula 3 del presente Pliego.

El importe de la Oferta Económica, calculada de acuerdo a las instrucciones anteriores, debe aparecer de forma explícita en la documentación aportada por el licitador, así como los pasos intermedios que permitan realizar una rápida comprobación del resultado mostrado.

No se admitirá ningún tipo de factor de corrección a los precios ofertados, ya sea por consumo de energía, periodos tarifarios, factor de utilización, etc.

(...)».

Por último, el citado anexo VI, propuesta económica, del PCAP, en cuanto a los precios indica que se realizarán «Según al estructura de la Cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Proposición económica)».



De lo expuesto en ambos pliegos, se infiere respecto a la controversia que se analiza lo siguiente:

1. Que Los periodos tarifarios para cada una de las modalidades de las tarifas de acceso para el grupo MT son la tarifa 3.1.A para alta tensión, con tres periodos, y la 6P general de alta tensión, de 6 periodos ($P_i > 450 \text{ kW}$) y que son dos los puntos de suministro con grupo MT previstos en los pliegos.
2. La oferta económica se determinará para cada uno de los suministros previstos en los pliegos, entre los que se encuentran los integrados en el grupo MT, como el resultado de sumar, entre otros, los términos de energía y de potencia.
3. El precio del término de energía se calculará mediante la aplicación de los precios ofertados por KWh para cada punto de suministro y periodo horario y el del término de potencia será la suma del coste de la energía calculado por agregación de los resultados obtenidos para cada punto de suministro y el coste del término de potencia de las tarifas de acceso, considerando que la potencia contratada es la mostrada en los pliegos para todos los periodos.
4. Para cada uno de los suministros que integran los grupos BT y MT se ha de ofertar el precio, entre otras cuestiones, tanto del término de energía como el de potencia, para uno de los periodos que se exigen.

Así las cosas, en el supuesto examinado, conforme a lo previsto en los pliegos, en la proposición económica para cada uno de los suministros que integran el grupo MT se ha de ofertar el precio, entre otras cuestiones, tanto del término de energía para tres periodos como el de potencia para seis periodos.

Teniendo en cuenta que las resoluciones de este Tribunal están sometidas al principio de congruencia, ex artículo 57.2 de la LCSP, por lo que solo puede pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en el recurso, y constatado de las propias alegaciones de las partes que las entidades ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L. omiten en su proposiciones los precios unitarios para la tarifa 6P en cada uno de los seis periodos exigidos, al menos para uno de los dos puntos de suministro incluidos en el grupo MT, dichas empresas debieron haber sido excluidas de la licitación.



En efecto, al respecto, ha de partirse necesariamente, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto, 113/2020, de 14 de mayo, 297/2020, de 8 de septiembre y 3/2021, de 14 de enero, entre otras muchas), de que los pliegos son la ley del contrato entre las partes que, una vez aprobados y aceptados por las licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

En este sentido, ha de tenerse asimismo en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este el contenido de la proposición económica-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.

Al respecto, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).



Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya los pliegos actos firmes y consentidos al no constar impugnación de los mismos en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como la mesa y el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

En definitiva, el órgano de contratación en la valoración del contenido de la proposición económica de las entidades ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L. no ha seguido en los términos expuestos lo dispuesto en los pliegos.

En este sentido, si la mesa o el órgano de contratación consideraban irrelevante el que no se ofertara para la tarifa 6P porque la existencia de un único punto de suministro con tarifa 6 sin consumo, dentro de 268 puntos de suministro, es insignificante, hubo de haberse eliminado dicho punto de los pliegos o advertirse que el mismo era irrelevante e insignificante para la elaboración de la oferta económica, pero lo que no se puede hacer es exigir su oferta para seis periodos y después eximir de dicho requisito a una o varias entidades licitadoras, con clara vulneración del principio de igualdad de trato.

Asimismo, con esta forma de actuar, también se resienten los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, pues se exigen en los pliegos requisitos que después en la fase de valoración de las ofertas se consideran irrelevantes e insignificantes, pudiendo haber ocasionado que determinadas entidades licitadoras que no habían licitado pudiesen haberlo hecho de conocer el verdadero carácter de tal exigencia, o de haber licitado formular una propuesta distinta, con clara quiebra del principio de igualdad de trato.

No es posible con base en el principio antiformalista, sustraer a una o varias entidades licitadoras de determinados condiciones que se impuso en los pliegos a las potenciales participantes en la licitación. En este sentido, el principio antiformalista (v.g. Resolución de este Tribunal 232/2017, de 3 de noviembre, entre otras muchas), conforme a una doctrina consolidada del Tribunal Supremo –por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina, Recurso 265/2003-, es reconocido por el Alto Tribunal en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública, considerando que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia. Y ello, por cuanto no es posible entender que una exigencia clara y precisa



como la que acontece en el supuesto examinado pueda ser considerada un mero defecto formal o no sustancial.

Por último, tampoco es posible dar la razón a la entidad ENDESA cuando afirma que los puntos de suministro incluidos clasificados en el grupo MT son los dos de alta tensión y tienen tarifa 3.1.A, no la tarifa 6P, pues una cosa es la tarifa que tenga en la actualidad determinados puntos de suministro y otra son las exigencias para dichos puntos contenidas en la cláusula 15 del PCAP, relativas al contenido de la oferta económica.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso.

NOVENO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo, de 4 de febrero de 2021, del órgano de contratación por el que admiten al procedimiento de licitación las ofertas de las entidades ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L., con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho acto, para que se proceda a excluir a ambas ofertas en los términos precisados en los citados fundamentos de derecho, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.** contra el acuerdo, de 4 de febrero de 2021, del órgano de contratación por la que admiten determinadas ofertas al procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para el alumbrado público, dependencias municipales y colegios públicos de la ciudad” (Expte. 102/2020), convocado por el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) y, en consecuencia, anular dicho acto en el sentido expuesto en la presente resolución, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en



su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

