



Recursos nº 650 y 686/2016 C. Valenciana 133 y140/2016

Resolución nº 735/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de septiembre de 2016

**VISTOS** los recursos presentados por D. Juan Santaella García-Royo, en nombre y representación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. contra los acuerdos: a) resolución del Servicio de Contratación Administrativa Unitat de Gestió de Contratació de Subministraments de la Universidad de Valencia, Miguel Hernández de Elche y Universidad de Alicante de rectificar la clasificación de las proposiciones presentadas para el tipo 1 Lote 1 y considerar la proposición realizada por GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. como la económicamente más ventajosa para todos los lotes; y b) la resolución de los órganos de contratación de las Universidades citadas de adjudicar a GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. el contrato de suministro de energía eléctrica a la Universidad de Valencia, Miguel Hernández de Elche y Universidad de Alicante, en sus instalaciones, ha adoptado la siguiente resolución

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El 7 de abril de 2016, los Rectores de las Universidades de Valencia, Miguel Hernández de Elche y de Alicante resolvieron autorizar la celebración del contrato de suministro de energía eléctrica para sus instalaciones e iniciar el expediente administrativo de contratación mediante subasta electrónica excepto para el tipo 1 del Lote 1 para el que se preveía subasta ordinaria. Dicha licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (16 de abril de 2016) y en el Boletín Oficial del Estado (7 de mayo de 2016).

**Segundo.** Presentaron oferta las siguientes empresas: GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. (en adelante, GAS NATURAL), ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA), AURA ENERGÍA, S.L. y GESTERNOVA, S.A. Tras el examen de la documentación contenida en el sobre 1 todas las empresas relacionadas fueron



admitidas. El 1 de junio tuvo lugar la apertura del sobre 2 (ofertas económicas). Se observaron diversos errores aritméticos. Una vez corregidos se fijaron los importes que se tendrían en cuenta y se realizó una primera clasificación de las ofertas en la que queda excluida la presentada por AURA ENERGÍA para el tipo 2 del lote 1 y para los lotes 2, 3, 4 y 5 por superar el presupuesto base de licitación.

**Tercero.** Tras la celebración de la subasta electrónica el 7 de junio, se realiza una segunda clasificación de las ofertas, mediante acuerdo de la mesa de contratación de 10 de junio. En relación con el Lote 1, el único discutido en este recurso, se considera como oferta económicamente más ventajosa la de GAS NATURAL en el tipo 1 y la de ENDESA para el tipo 2. Y se eleva a los órganos de contratación propuesta de adjudicación en ese sentido.

El 20 de junio se vuelve a reunir la mesa de contratación con objeto de revisar la clasificación de ofertas realizada en la sesión anterior. Se observa que se ha incurrido en un doble error. Uno que afectaba a la oferta del tipo 1 del lote 1, pues se había hecho un recálculo según los precios OMIE enero-mayo 2016, incumpliendo lo establecido en el punto 12.b) del Cuadro de Características anexo al pliego de cláusulas administrativas particulares que imponía que, a los solos efectos de valoración de la oferta se tendrían en cuenta los precios existentes en 2015. Y otro, que es el que plantea el problema que ha dado lugar a este recurso, el haber separado el lote 1 en tipo 1 y tipo 2 a efectos de adjudicación. Se considera que la oferta del lote 1 debe adjudicarse conjuntamente incluyendo el tipo 1 y el tipo 2. Haciendo la valoración con arreglo a este criterio, se hace un nuevo cálculo, resultando como oferta económicamente más ventajosa la de GAS NATURAL para el Lote 1, tipos 1 y 2.

Disconforme con esta resolución, ENDESA formula recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha formulado informe y GAS NATURAL ha presentado escrito de alegaciones. Ambas piden la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

**Cuarto.** El 8 de julio se dicta resolución de adjudicación del contrato y se notifica a los licitadores. ENDESA también formula recurso especial en materia de contratación; el



órgano de contratación y el adjudicatario han formulado informe y escrito de alegaciones solicitando la desestimación del recurso.

**Quinto.** El 12 de agosto de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para resolver corresponde este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

**Segundo.** El órgano de contratación señala que el acuerdo de clasificación de ofertas no es susceptible de recurso. Esto es indudable, pero como posteriormente se ha impugnado también el acuerdo de adjudicación del contrato, ambos recursos tienen el mismo fundamento y de prosperar, se produciría la anulación del acuerdo de clasificación de ofertas, este Tribunal entiende procedente la acumulación de ambos recursos y su admisión.

**Tercero.** Los recursos han sido interpuestos en el plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.** GAS NATURAL alega la falta de legitimación activa de la recurrente, pues la adjudicación del tipo 2 del lote 1 nunca podría darse por ser contraria a los pliegos, de manera que nunca alcanzaría la condición de adjudicataria y ningún beneficio le depararía la eventual estimación del recurso. Sin embargo, este Tribunal entiende que ENDESA se encuentra legitimada, pues su oferta fue inicialmente propuesta como adjudicataria, lo que finalmente no ocurrió. La alegación de GAS NATURAL no hace tanto referencia a la legitimación procedimental, sino al fondo del asunto.

**Quinto.** La empresa recurrente alega que el contrato se dividió en 5 lotes. Para la selección de la mejor oferta y adjudicación de la licitación, se utiliza como único criterio el



del precio medio más bajo, para lo que se llevó a cabo una subasta electrónica, excepto para el tipo 1 del Lote 1, en el que se hizo una sola puja en papel. La resolución de 28 de junio de 2016 que rectificó la anterior que consideró la oferta más ventajosa económicamente la de ENDESA para el Lote 1, Oferta tipo 2 es nula con base en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 porque el concurso debió haber salido en lotes y sublotés; en segundo lugar, no existe en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ni en el Cuadro de Características fórmula alguna para calcular el mejor precio medio del Lote 1, existe una fórmula para calcular el precio medio del tipo 1 y el precio medio del tipo 2; tercero, no obstante la inexistencia de esa fórmula, el órgano de contratación ha aplicado una ad hoc que consiste en hacer una media aritmética; no existe impedimento alguno a que una empresa realice los suministros del tipo 1 del Lote 1 y otra los restantes del tipo 2. Por último, considera contradictorio que en el Pliego se establezca un sistema de subasta electrónica para los 16 suministros del tipo 2 del lote 1 y luego se pretenda que el resultado de esa licitación quede supeditada lo ofrecido en papel para los suministros del tipo 1.

**Sexto.** El órgano de contratación en su informe afirma que es quien ha determinado la división del objeto del contrato en lotes, de acuerdo con las facultades que le atribuye la ley y así se fijó en el Pliego de Cláusulas Administrativas que ENDESA no recurrió. Por lo que se refiere a la fórmula para calcular el precio medio, en el Cuadro de Características no se contiene una fórmula para cada lote, sino para cada tipo y no coinciden en todos los casos cada tipo con un lote, excepto en el caso del tipo 3 del Lote 1. Añade que la adjudicación prevista en el pliego es por lotes y no por tipos. En cuanto a la última alegación, la forma de adjudicación que se ha seguido es la prevista precisamente en el pliego

**Séptimo.** GAS NATURAL da por buenos los argumentos del órgano de contratación en defensa de las resoluciones impugnadas, incidiendo en que el hecho de que el proceso de licitación se hiciera mediante subasta electrónica para todos los lotes, menos el tipo 1 del lote 1, no genera ningún problema en la valoración final, pues la forma de hacerla está perfectamente regulada en el Cuadro de Características. Cada modalidad tiene un su precio medio, a través de una ecuación y se obtiene el precio medio final para el consumo de cada lote.



**Octavo.** El Cuadro de Características Técnicas establece en su punto 10 que las empresas licitadoras deberán ofertar obligatoriamente a todos los lotes (1, 2, 3, 4 y 5). Las ofertas deberán realizarse tal y como se establece a continuación:

Oferta de alta tensión (lote 1) que incluye tres modalidades de ofertas: Tipo 1, 2 y 3.

Si se observa a continuación a qué se corresponden los tipos mencionados, nos encontramos que se contempla la posibilidad de hacer oferta de la siguiente manera: o bien hacer una oferta para el tipo 3 que supone un precio fijo por períodos tarifarios para todos los suministros previstos en el lote 1 (25); o bien hacer una oferta por el tipo 1 (precio OMIE - Operador del Mercado Ibérico de Energía- de 9 de los 25 suministros) y el tipo 2 (precio fijo por períodos tarifarios para 16 de los 25 suministros). Ello aparece claro en la estructura del modelo de proposición económica, recogida en el anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Es decir, el órgano de contratación diseñó un sistema de adjudicación del lote 1, por el que una empresa podía ser adjudicataria si ofrecía un mejor precio para todos los suministros por un precio fijo por períodos tarifarios (tipo 3), o bien por haber realizado una mejor oferta conjunta de los suministros del tipo 1 con precio OMIE y de los suministros del tipo 2 con precio fijo por períodos tarifarios. Es claro el error cometido por la mesa de contratación en el primer acuerdo de clasificación de ofertas porque el Cuadro de Características Técnicas no contempla la adjudicación del contrato por tipos, pues éstos no son más que la posibilidad de ofrecer precio por el lote 1 de dos formas distintas.

El hecho de que para el tipo 1 se prevea una subasta en papel con una única puja y para los tipos 2 y 3 se estableciera una subasta electrónica con varias rondas no desmiente esta conclusión, pues en ningún caso se prevé que los tipos 1 y 2 se adjudiquen separadamente.

Tal y como consta en el expediente administrativo, la oferta de GAS NATURAL por el tipo 1 y el tipo 2 fue de 10.220.464,91€, mientras que por el tipo 3 alcanzó 10.301.605,87€, por lo que la oferta de los tipos 1 y 2 fue la más ventajosa económicamente y el contrato fue correctamente adjudicado.



La adjudicación por tipos no estaba contemplada en el pliego, por lo que la recurrente, si consideraba procedente el sistema debió haberlo impugnado. Por otra parte, tampoco parece una solución lógica, pues con la combinación en los tipos 1 y 2 de un precio no fijo (que conlleva el riesgo para el licitador) y otro fijo (que no plantea riesgo), las empresas licitadoras tratan de compensar uno con otro, de forma que un precio OMIE más favorable, en principio llevaría aparejada una oferta más cara en la oferta de precio fijo y viceversa, por lo que separar ambas adjudicaciones, tendría un efecto distorsionador.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha ACUERDA:

**Primero.** Desestimar los recursos interpuestos por D. Juan Santaella García-Royo, en nombre y representación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. contra los acuerdos: a) resolución del Servicio de Contratación Administrativa Unitat de Gestió de Contratació de Subministratments de la Universidad de Valencia, Miguel Hernández de Elche y Universidad de Alicante de rectificar la clasificación de las proposiciones presentadas para el tipo 1 Lote 1 y considerar la proposición realizada por Gas Natural Comercializadora, S.A. como la económicamente más ventajosa para todos los lotes; y b) la resolución de los órganos de contratación de las Universidades citadas de adjudicar a GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. el contrato de suministro de energía eléctrica a la Universidad de Valencia, Miguel Hernández de Elche y Universidad de Alicante.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.

