



Recurso nº 1134/2017 C. A de les Illes Balears 68/2017

Resolución nº 1185/2017

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

En Madrid a 15 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a S.G-B.M. en representación de GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. (en adelante, "Gas Natural", "GNS" o la "Recurrente"), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, "PCAP"), del contrato del *"Suministro de energía eléctrica para los puntos de consumo del Ayuntamiento de Sant Llorenç des Cardassar y entidades dependientes"* -código del expediente 210/2007- (en adelante el "Contrato"), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Sant Llorenç des Cardassar, mediante anuncio publicado en el DOUE, en fecha 24 de octubre de 2017, convocó la licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para los puntos de consumo en los lugares en él referenciados, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del mismo de 1.227.16198 euros, IVA excluido.

También fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado con fecha 26 de octubre de 2017 y en el Boletín de las Islas Baleares con fecha 28 de octubre del año corriente.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante, "TRLCSP") y demás legislación aplicable en materia de contratación.



Tercero. Mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2017, GNS ha realizado la interposición del recurso frente al citado anuncio.

Cuarto. La Alcaldía de de Sant Llorenç des Cardassar remitió al Tribunal el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Quinto. El 24 de noviembre de 2017, la Secretaria del Tribunal (por delegación mediante acuerdo de 21 de febrero de 2014, BOE de 11 de marzo del mismo año) acordó conceder la medida provisional consistente en la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 y 41 del TRLCSP y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Islas Baleares sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2012 (BOE 19 diciembre de 2012). .

Segundo. Debe entenderse que en la mercantil GAS NATURAL concurre el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP, que establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Es doctrina reiterada de este Tribunal 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.



En este sentido, en el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la Recurrente ponen de manifiesto que el pliego puede restringir las posibilidades del mismo de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia, quedando por tanto acreditada la legitimación de aquel para recurrir. En efecto, cabe poner de relieve que el objeto social de GAS NATURAL es la comercialización y el suministro de electricidad y gas en España y que específicamente se dedica a la comercialización del gas y la electricidad. Siendo éste su objeto social, es evidente que su negocio y su interés es el de participar y ganar, si se puede, en todos los procedimientos de licitación de suministro de gas y electricidad que se convoquen en España.

En definitiva, la licitación de suministro de electricidad publicada por el Ayuntamiento de Sant Llorenç des Cardassar es ciertamente de interés para la Recurrente.

Tercero. El acto objeto de recurso son los pliegos de cláusulas administrativas particulares de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de publicación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurrente se alza frente al sub-apartado a) del apartado B2 de la cláusula del PCAP titulada “Quadre de criteris d’adjudicació del contracte” que establece:

“B2 PROPOSICIÓN TÉCNICA RELATIVA A LOS CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS (máximo 10 puntos)

a) Suministro de energía de origen renovable (hasta 4 puntos)

A pesar de solicitar el suministro para el contrato con 100% de energía de origen renovable, se valorará según acreditación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para garantías de origen correspondientes al año 2016, el % de energía de origen renovable del mix de



comercializadoras a razón de 1 punto por cada 25% de la energía de origen renovable certificada el año 2016. Solamente se considerarán los puntos cuando el porcentaje iguale o supere el valor porcentual de 25%, sin dar lugar en ningún caso a puntuaciones parciales con decimales:

- Acreditación entre el 25% y el 49,99% (1 punto)*
- Acreditación entre el 50% y el 74,99% (2 puntos)*
- Acreditación entre el 75% y el 99,99/ (3 puntos)*
- Acreditación del 100% (4 puntos)*

Para acreditar dicho criterio de adjudicación los licitadores tendrán que presentar una declaración responsable firmada y sellada donde se indique claramente qué porcentaje acreditan, extremo que será comprobado por parte de la Mesa de Contratación en base a los datos oficiales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia del año 2016.”

En síntesis, la Recurrente argumenta que la citada cláusula puntúa favorablemente aquellas empresas de producción íntegramente renovable con base en datos anteriores a la ejecución del contrato, lo que, en primer lugar, disuade la libre competencia respecto de otros tipo de productores de energía (i.e. productores mediante cogeneración) cuando la energía a prestar va a ser, en todo caso, renovable, y en segundo lugar, que esa exigencia supone un requisito no vinculado a la ejecución del contrato, es decir, establece una necesidad que no determinará una mejor o peor ejecución del suministro, limitando en definitiva la concurrencia, siendo por ello, nula.

Sexto. El órgano de contratación por su parte, en el informe remitido a este Tribunal indica expresamente ante la interposición del recurso por GAS NATURAL y después de haber solicitado el correspondiente informe técnico que:

“Una vez consultada la empresa de ingeniería que ha asistido al Ayuntamiento en la elaboración de los pliegos que rigen la licitación en cuestión, a través del presente informe se pone en conocimiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que el Ayuntamiento de Llorenç des Cardassar, siempre desde la objetividad e imparcialidad, manifiesta su conformidad con las alegaciones y peticiones formuladas en el recurso especial



por la empresa Gas Natural Servicios SDG, SA y se somete a la resolución que dicte al respecto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”.

Séptimo. De conformidad con lo que venimos exponiendo no cabe duda de que las alegaciones del órgano contratante implican un pleno reconocimiento de la pretensión del interesado.

A la vista de dicho allanamiento hemos de determinar el efecto que el mismo deba tener respecto del recurso especial interpuesto contra los Pliegos. Pues bien, tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, *“(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente.*

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria.

Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la “reformatio in peius”. Es evidente que en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez “juez y parte” y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en



lugar de acudir a un proceso judicial “ad hoc”, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una “infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente “infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico”.

Octavo. Debemos recordar que el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso. Ahora bien, esta facultad tiene su límite en la exigencia de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora. Así, el artículo 150.1 del TRLCSP señala: “Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica,



el servicio postventa u otros semejantes. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo."

En la Resolución 264/2012 de este Tribunal señalamos que, aunque la enumeración del artículo 150.1 del TRLCSP no sea *numerus clausus*, todas las características citadas en él están vinculadas a la prestación. De ello se infiere que no resulta posible utilizar como criterios de adjudicación características de la empresa no vinculadas con la prestación que es objeto del contrato.

Así las cosas, es necesario distinguir dos fases en la licitación, por un lado la de valoración de la solvencia (o características) de las empresas, y por otra, la de valoración de sus ofertas. En este sentido, el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala que: *"El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que he han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes"*.

En lo que se refiere a las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado Informe 45/2002 concluye que: *"La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta"*.

Este Tribunal ha hecho suyas estas consideraciones, entre otras, en su Resolución 220/2012, en la que señala: *"Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y*



del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto”.

De acuerdo con estas consideraciones, las características o circunstancias de la empresa licitadora, de exigirse y ser válida dicha exigencia, en todo caso, serían objeto de valoración en sede de “solvencia”, no pudiendo ser valoradas para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Noveno. Centrada así la cuestión (el requisito del PCAP que aquí se impugna no puede ser tenido en cuenta para la valoración de la oferta, pues en todo caso, sería objeto de valoración en sede de “solvencia”), no cabe duda de que, a la vista de la conformidad al recurso que formula el órgano de contratación, procede estimar el recurso interpuesto por la mercantil GAS NATURAL dado que la aceptación de las pretensiones de la recurrente en ningún caso infringe el ordenamiento jurídico, y así resulta de las diversas resoluciones de este Tribunal citadas y que resuelven todas las cuestiones planteadas en sentido favorable al mismo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.^a S.G-B.M. en representación de GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, del contrato del “Suministro de energía eléctrica para los puntos de consumo del Ayuntamiento de Sant Llorenç des Cardassar y entidades dependientes” -código del expediente 210/2007-, y en consecuencia, anular la previsión contenida en el sub-apartado a)



del apartado B2 de la cláusula del PCAP titulada “Quadre de criteris d'adjudicació del contracte” como criterio de adjudicación del contrato de referencia.

Todo ello con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la aprobación de dichos Pliegos.

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 la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, 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.