



Recursos nº 851 y 853/2017 C. Valenciana 150 y 151/2017

Resolución nº 1065/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 17 de noviembre de 2017.

VISTOS los recursos interpuestos por D. M.A.B. en nombre de “GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.” y por D. J.S.G.R. en el de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” contra el Pliego rector del “Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica en baja y alta tensión del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, la Fundación Deportiva Municipal y la Universidad Popular del Ayuntamiento de Valencia considerando la atención y reducción de la pobreza energética en el municipio de Valencia” (nº expediente 72-SU/2017), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 4 de agosto de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por parte del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, del Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica en baja y alta tensión del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, la Fundación Deportiva Municipal y la Universidad Popular del Ayuntamiento de Valencia considerando la atención y reducción de la pobreza energética en el municipio de Valencia (nº expediente 72-SU/2017).

Consta igualmente publicado anuncio en el Boletín Oficial del Estado de 21 de agosto de 2017.



Segundo. El apartado 1 del Cuadro de Características (Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) describe el objeto del acuerdo marco en los términos siguientes:

<<1.- DEFINICIÓN DEL CONTRATO

El objeto del presente acuerdo marco es el suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión al Ayuntamiento de Valencia, Fundación Deportiva Municipal y Universidad Popular del Ayuntamiento de Valencia, para los puntos de suministro relacionados en el Anexo 1, 2, 3, 4 y 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas, mediante contratos basados en este acuerdo, conforme lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el de cláusulas administrativas particulares.

Así mismo se incluye dentro del objeto del presente Acuerdo Marco la atención y reducción de la pobreza energética, entendida de conformidad con el art. 2.1 de la Ley 3/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunitat Valenciana, como la situación de dificultad en que se encuentra un hogar para hacer frente al pago de su consumo energético y que conlleva una falta de acceso normalizado a los suministros de electricidad, agua, gas y otras fuentes de combustibles energéticos a propuesta de los servicios sociales municipales.

La adjudicación del Acuerdo Marco determinará el proveedor o los proveedores con los que se contratará los citados suministros eléctricos. El Ayuntamiento de Valencia, la Fundación Deportiva Municipal y Universidad Popular, en adelante Organismos Autónomos, no se comprometen a adquirir una cantidad determinada de energía eléctrica, por estar subordinada a las necesidades de la Administración durante la vigencia de dicho acuerdo marco, sin que las empresas contratistas puedan exigir peticiones de cantidades determinadas o de importes mínimos como condición de los mismos.

Las altas que se produjeran a lo largo del periodo de duración del acuerdo marco, pasaran inmediatamente a formar parte del contrato con los precios y condiciones establecidos en el mismo.



Contrato mixto: [NO]

División en lotes: [SI]

Lote 1: Suministros en Baja Tensión con potencia inferior o igual a 10 Kw, con tarifas de acceso 2.0A, 2.0DHA y 2.0DHS.

Lote 2: Suministros en Baja Tensión con potencia contratada mayor de 10 Kw con tarifas de acceso 2.1A, 2.1DHA, 2.1DHS y 3.0A.

Lote 3: Suministros en Alta Tensión con tarifas de acceso 3.1A y 6.1.

Las licitadoras podrán presentar ofertas a uno, varios o todos los lotes indistintamente, pudiendo el Ayuntamiento adjudicar cada uno de los lotes a la oferta que se considere más ventajosa para los intereses municipales atendiendo al criterio de valoración establecido en el presente Anexo.

Código CPV: 09300000-2 Electricidad, calefacción, energía solar y nuclear.

09310000-5 Electricidad.

Legislación sectorial aplicable: [SI] [...]>>

Tercero. El valor estimado del acuerdo marco asciende a 63.138.991'76 €, con un plazo de ejecución inicial de dos años, prorrogables por otros tantos.

Cuarto. El apartado 2 del Cuadro de Características detalla las necesidades administrativas a las que se dirige el acuerdo marco en los siguientes términos:

<<2.- NECESIDADES ADMINISTRATIVAS A SATISFACER MEDIANTE EL ACUERDO MARCO.

La naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden satisfacer con el acuerdo marco que regula el presente pliego, son conforme al informe emitido por el Servicio de Servicios Centrales Técnicos: “La necesidad del suministro eléctrico se encuentra



recogida en la propia redacción del artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, al señalar que, en todo caso, los municipios deben prestar el servicio público de alumbrado, así como por el hecho de que dicho suministro es factor indispensable y necesario para poder llevar a cabo el resto de competencias que el ordenamiento jurídico atribuye al municipio en el artículo 25 de la mencionada norma".>>

Quinto. El criterio empleado para la adjudicación de cada uno de los lotes comprendidos en el acuerdo marco es el del precio más bajo, conforme al apartado 11 del Cuadro de Características, en el que se lee:

<<11.- CRITERIOS DE VALORACIÓN.

Cada uno de los lotes del presente acuerdo marco se adjudicará a la licitadora que oferte el precio más bajo conforme lo siguiente:

La oferta más económica para cada Lote será la que ofrezca el menor precio global sobre la aplicación del cuadro de consumos anuales históricos (Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas – Tabla 1)

Las empresas licitadoras deberán presentar la oferta económica de acuerdo al modelo de proposición económica (Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares – Tabla 2), debiendo presentar obligatoriamente ofertas en las dos modalidades de contratación que se indican a continuación:

1. Precio fijo por periodo tarifario para todos los suministros (Lote 1, 2 y 3). Los precios ofertados se presentarán en €/Kwh, con seis cifras decimales, según Anexo 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

2. Precio indexado a OMIE pass-pool para los suministros del Lote 3, suministros correspondientes a tarifas de acceso en Alta Tensión.

[...]



Los precios en ningún caso podrán superar los precios establecidos al de otros Acuerdos Marco suscritos por la adjudicataria con otras administraciones públicas y que este Ayuntamiento tenga opción de adhesión.>>

Sexto. El apartado 16.1 del Cuadro Anexo establece las siguientes obligaciones para la adjudicataria:

<<16.1 OTRAS OBLIGACIONES:

a) ENTREGA Y RECEPCIÓN DE LOS BIENES Y FACULTADES DEL AYUNTAMIENTO:

Tendrán el carácter de entrega y recepción de bienes los consumos realizados en los puntos de suministro incluidos en los contratos, iniciándose dichos consumos, una vez formalizados los contratos derivados, desde la fecha del contrato de acceso de terceros a redes y hasta finalización del contrato, incluidas las prórrogas.

Durante la vigencia del contrato derivado, la empresa contratista está obligada a suministrar la energía eléctrica objeto del mismo, durante el plazo señalado, para cada uno de los centros igualmente objeto del mismo, de acuerdo con las condiciones de calidad (calidad y continuidad del suministro, calidad del producto y calidad en la atención al cliente) previstas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

También, será obligación de la empresa contratista la prestación de los servicios adicionales incluidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. La empresa adjudicataria será responsable ante el Ayuntamiento de València y Organismos Autónomos de los niveles de calidad definidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, con independencia de las relaciones entre aquella y la empresa distribuidora de energía eléctrica.

La Administración, a través del responsable del contrato, velará por la correcta ejecución del contrato, mantendrá reuniones de seguimiento con el interlocutor designado por la adjudicataria, para la adopción de las medidas que en cada caso resulten de aplicación.



b) OTRAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA:

Asimismo, la empresa adjudicataria está obligada al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Para la puesta a disposición de la energía eléctrica, en las instalaciones objeto del contrato derivado, la empresa que resulte adjudicataria suscribirá el correspondiente contrato de acceso a la red con la Sociedad Distribuidora.

La empresa adjudicataria asumirá la representación de cada punto de suministro ante la Sociedad Distribuidora, estableciendo con la misma los contratos y pólizas precisas para contratar el acceso a la red, y realizando cuantas gestiones sean necesarias para la resolución de los conflictos que pudieran acontecer.

La empresa adjudicataria facilitará al Ayuntamiento de Valencia y Organismos Autónomos, sin coste adicional, cuantos servicios se estimen necesarios para el correcto desarrollo del objeto del contrato, como emisión de certificados y otra documentación relativa a las pólizas y cualesquiera otras necesarias dentro del objeto del contrato.

La Corporación determinará si la prestación realizada por la contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados.

Realizar una correcta gestión ambiental del servicio, tomando las medidas necesarias para minimizar los impactos que esta pueda ocasionar de acuerdo con la legislación vigente.

Deberá presentar las facturas en tiempo y plazo.

Conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada.

Durante el primer semestre de la vigencia del Acuerdo Marco el Ayuntamiento de Valencia propondrá, de mutuo acuerdo, negociaciones con la empresa adjudicataria con el fin de celebrar convenios sobre materias como la mejora de los hábitos de consumo, la



eliminación de cortes de suministro en periodo invernal o la contribución al ahorro energético y a la implantación y desarrollo de medidas de microeficiencia (definidas en el art.8 de la Ley 3/2017), para afrontar la emergencia en el ámbito de la pobreza energética y con la finalidad de paliar y reducir la misma.>>

Séptimo. El mismo apartado 16 del Cuadro de Características establece en su inciso segundo una condición especial de ejecución del contrato del modo siguiente:

<<16.2.- CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL ACUERDO MARCO Y DE LOS CONTRATOS DERIVADOS.

Atendiendo a que forma parte del objeto del acuerdo marco, la atención y reducción de la pobreza energética, y de conformidad con el apartado 2 de la D.A. 3ª de la Ley 3/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunitat Valenciana se establecen la siguiente condición especial de ejecución, que tendrá carácter de obligación esencial a los efectos previstos en el art. 223.f) del TRLCSP:

- Con carácter previo a efectuar un corte de suministro, respecto a los clientes de la empresa adjudicataria en la ciudad de Valencia, la empresa ha de solicitar un informe a los servicios sociales municipales para determinar si se encuentra vigente la declaración como hogar en situación de vulnerabilidad social de la Ley 3/2017, o en su defecto se estudie la situación del hogar en riesgo de situación de pobreza energética, en los términos del art. 3.3. de la citada Ley.>>*

El incumplimiento de esta condición especial se configura como causa de resolución del contrato en el apartado 21 del Cuadro de Características, al tenor de cuyo primer párrafo:

<<21.- OTRAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ACUERDO MARCO.

Asimismo, se considerará causa de resolución el incumplimiento de las siguientes condiciones de ejecución:



- *El incumplimiento de la condición especial de ejecución a que se refiere el apartado 16.2 del presente Anexo.[...].>>*

Reiterando la cláusula 33 del Pliego:

<<33ª.- *EXTINCIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO:*

[...]

Además de las recogidas en los artículos 223 y 299 del TRLCSP será causa de resolución del contrato derivado las que a continuación se indican:

[...]

- *Las previstas en su caso en el apartado 21 del Anexo I.>>*

Octavo. El 24 de agosto de 2017, a las 9:50 h, tuvo entrada en el Registro del Excmo. Ayuntamiento de Valencia escrito formulado en nombre de “GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.” en el que se anunciaba la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de cláusulas rector del acuerdo marco antes referido.

Ese mismo día, a las 11:20 h, se presentó en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública el escrito de interposición del anunciado recurso especial, siéndole asignado el número 851/2017 (C. Valenciana 150/2017).

Noveno. El 24 de agosto de 2017, a las 11:37 h, tuvo entrada en el Registro del Excmo. Ayuntamiento de Valencia escrito formulado en nombre de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” en el que se anunciaba la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de cláusulas rector del acuerdo marco antes referido.

Ese mismo día, a las 16:27 h, se presentó en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública el escrito de interposición del anunciado recurso especial, siéndole asignado el número 853/2017 (C. Valenciana 151/2017).



Décimo. El 1 de septiembre de 2017, la Sra. Secretaria de este Tribunal, por delegación de este, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de licitación solicitada en el recurso 853/2017, defiriendo su levantamiento al momento de la resolución del recurso.

Undécimo. Los expedientes de los recursos 851/2017 y 853/2017, con los respectivos informes, fueron recibidos en este Tribunal los días 6 y 7 de septiembre de 2017, respectivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; en adelante, RPERMC), se ha acordado por el Tribunal la acumulación de los recursos referidos en los antecedentes de hecho, al existir entre ellos identidad sustancial e íntima conexión, por ir dirigidos ambos contra los pliegos rectores de la misma licitación.

Segundo. Este Tribunal es competente para resolver los recursos acumulados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, citado como TRLCSP), 10 RPERMC y en el Convenio suscrito al efecto el 4 de octubre de 2012 entre la Administración General del Estado y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013 (BOE de 17 de abril de 2013), prorrogado por acuerdo entre ambas de 25 de febrero de 2016 (BOE de 21 de marzo de 2016).

Tercero. Tratándose de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, los pliegos rectores de la licitación son susceptibles de recurso especial conforme al artículo 40, apartados 1a) y 2a), TRLCSP.



Cuarto. Ambos recursos han sido formulados dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 TRLCSP, constando igualmente la presentación de los respectivos anuncios a los que se refiere el artículo 44.1 TRLCSP.

Quinto. A) Pese a no discutirse por el órgano de contratación, debemos analizar la cuestión de la legitimación de las recurrentes para impugnar el Pliego rector de la convocatoria, al tratarse de un requisito de orden público de cuya concurrencia depende la admisión a trámite de la reclamación (cfr.: artículo 22.1.2º RPERMC y Resolución 547/2016).

B) A este respecto, debemos recordar que el TRLCSP no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente (cfr.: artículo 42 TRLCSP), derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 –confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014- y 37/2015, entre otras).

Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, que la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 (Roj STS 10238/2001) afirmó:

“[...] la postura de la parte en cuestión no era la de un "francotirador" que interviene a destiempo en una contienda que no le ha afectado y a la que no ha atendido --supuestos a los que se refieren las sentencias de esta Sala que de contrario se citan, y tantas otras--, impugnando, por ejemplo, pliegos de un concurso en el que no ha participado, casos en



el que carecería de legitimación activa, sino la de alguien que ha patentizado un interés en lo que pretende, lo que sí genera en su favor dicha legitimación que, por consiguiente, ha de ser aceptada por esta Sala.”

En suma, y como recuerda la Sentencia de la misma Sala III del Alto Tribunal de 9 de marzo de 2006 (Roj STS 1616/2006):

“Es frecuente en los procedimientos selectivos o en concurrencia, ya sean oposiciones o concursos, ya concursos para la adjudicación de contratos, negar legitimación a quienes están fuera de la relación o no participan como aspirantes en los mismos, en este sentido las Sentencias de este Tribunal de 4 de junio de 2001, 15 de marzo o 20 de julio de 2005, porque para quienes se encuentran fuera de esta relación no existe en principio un perjuicio o beneficio de la anulación del acto administrativo.”

Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee:

“Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.

Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de



igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas.”

Con mucha generosidad, incluso, la misma Sala III ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido, y así, en sentencia de 29 de junio de 2006 (Roj STS 4550/2006), afirmó:

“Entiende la Sección que, a más de que la alegación del recurrente sea cierta, no debe mantenerse en términos tan estrictos la falta de legitimación por inexistencia de interés personal. Según se desprende de los autos el demandante es militar de profesión, y por tanto podría eventualmente optar a la adjudicación de una vivienda militar, no siéndole indiferente cual sea el procedimiento de adjudicación por concurso o por subasta. Por ello, aunque no exista un interés personal presente y real no puede descartarse la posibilidad de que el actor tuviera interés en optar a la adjudicación de viviendas, por ejemplo si se hubiera convocado en otras condiciones.”

Consideraciones que, aun relativas a la adjudicación de una vivienda sometida a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, son extrapolables *“mutatis mutandis”* a un procedimiento de licitación de contratos públicos.

C) Estos postulados están firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de 25 de febrero de 1992 requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles *“como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”*, expresión esta que se refiere *“a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo”* (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C-129/04-).

Sin embargo, y como acaece en nuestro Derecho interno, dicho principio admite excepciones, y así, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló:

“27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un



interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.

28 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.”

D) Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar si, efectivamente, cabe reconocer a las mercantiles “GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.” y “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” un interés legítimo para impugnar el Pliego rector de una licitación en la que no consta haya tomado parte. A nuestro juicio, se impone una respuesta afirmativa.

Se trata en ambos casos de compañías mercantiles cuyo objeto social (la comercialización de productos y servicios energéticos) es el propio del contrato licitado y que impugnan el pliego de cláusulas por entender, a grandes rasgos, que la configuración del contrato que prevé el mismo y que las obligaciones en él establecidas no son ajustadas a Derecho. Dicho en otros términos, se alzan contra el diseño del propio procedimiento de licitación y del contrato que de él ha de resultar por considerar que algunos de sus elementos fundamentales les resulta perjudicial y les sitúa en una posición muy desfavorable. Ciertamente, no se alega aquí que dicho elemento sea discriminatorio, que es el supuesto paradigmático en el que se reconoce la legitimación para impugnar un pliego a quien no ha presentado oferta, pero ya hemos visto que la Jurisprudencia la ha admitido en otros casos diferentes (como en el contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-, ya citada). Que la impugnación de cláusulas discriminatorias –o pretendidamente discriminatorias- atribuya legitimación no excluye que haya otros escenarios en los que igualmente se



confiera esta, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de septiembre de 2004 (Roj STS 5810/2004):

“SEGUNDO.- La tesis del motivo de casación, en su formulación rigorista, no puede ser compartida. Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación.

Pero, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJ, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. O, dicho en otros términos, aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado.”

En el caso que nos atañe, exigir la acreditación de que se hubiera participado en una licitación a quienes afirman que el propio procedimiento es contrario a Derecho y que las obligaciones que en él se establecen para el adjudicatario también merecen dicho calificativo se nos antoja una carga excesiva y desproporcionada, difícilmente conciliable con el principio *“pro actione”*, máxime cuando el propio órgano de contratación no ha cuestionado la legitimación de la impugnante.

Se impone, pues, un juicio favorable a la legitimación de las recurrentes.

Sexto. Ambos recursos se dirigen, según se ha adelantado, frente al Pliego rector de la licitación del acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica para el Excmo. Ayuntamiento de Valencia y determinados organismos de él dependientes.

En concreto, “GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.” impugna los apartados 16.1.b) y 16.2 del Cuadro de Características que figura como Anexo I al Pliego de Cláusulas y, por extensión, los apartados 1 y 21 de dicho Anexo y la cláusula 33 del Pliego.



Por su parte, “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” añade, además, los apartados 16.1.a) (párrafo tercero) y 11 del Cuadro.

A las razones esgrimidas por ambas compañías, así como a las del órgano de contratación, nos referiremos al tratar de cada uno de los apartados impugnados, que expondremos según su orden en el Pliego.

Séptimo. A) Tal y como se ha anunciado, las recurrentes contiene en primer lugar frente al párrafo segundo del apartado I del Cuadro de Características Anexo al Pliego de Cláusulas. Aun cuando ya se ha transcrito en los antecedentes de hecho de la presente Resolución (cfr.: ordinal segundo), la reiteramos ahora a fin de facilitar su lectura:

<<Así mismo se incluye dentro del objeto del presente Acuerdo Marco la atención y reducción de la pobreza energética, entendida de conformidad con el art. 2.1 de la Ley 3/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunitat Valenciana, como la situación de dificultad en que se encuentra un hogar para hacer frente al pago de su consumo energético y que conlleva una falta de acceso normalizado a los suministros de electricidad, agua, gas y otras fuentes de combustibles energéticos a propuesta de los servicios sociales municipales.>>

Los argumentos de ambas son sustancialmente coincidentes: en apurada síntesis, a su juicio, no es posible integrar en el contrato analizado cometidos relacionados con la atención y reducción de la pobreza energética, toda vez que ello entraña exceder de las funciones propias de la contratación pública en general y del contrato de suministro en particular.

Por su parte, el órgano de contratación considera conforme a Derecho tales referencias en la descripción del objeto del contrato, en la medida en que en el Pliego se han incluido, al amparo de las previsiones de la Ley de la Generalitat 3/2017, de 3 de febrero, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunitat Valenciana, consideraciones de tipo social como condición especial de ejecución (apartado 16.2 del Cuadro de Características).



B) Planteado en estos términos el debate, el motivo no debe acogerse, por más que la redacción del apartado impugnado no deje de ser poco afortunada, especialmente a la vista de lo que luego se dirá al tratar de los apartados 16.1.b) y 16.2 del Cuadro de Características.

En efecto, del mismo modo que hemos venido reiterando, haciéndonos eco de consolidada doctrina jurisprudencial (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000- y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010-, así como de la Sala III, de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-), que los contratos son lo que son con independencia de la denominación dada por las partes, otro tanto habrá de decirse respecto de las descripciones que sobre su objeto se hagan en los Pliegos.

En nuestro caso, es incuestionable, a la vista de los pliegos, que el contrato que es objeto de licitación es uno de suministro, sin que se encuentre, s.e.u.o., a lo largo del clausulado de aquellos o de sus anexos más referencias a la atención y reducción de la pobreza energética que las de los apartados 16.1.b) y 16.2 del Cuadro de Características (en los que se describen, respectivamente, la obligación de negociar convenios con el Excmo. Ayuntamiento y una condición especial de ejecución del contrato relativa al modo de proceder cuando se pretenda cortar el suministro de terceros clientes de la adjudicataria radicados en el municipio de Valencia) y las del párrafo segundo del epígrafe intitulado “Calidad del suministro” del Pliego de Prescripciones Técnicas (en las que se indica que la adjudicataria *“se compromete a cumplir lo establecido en la normativa en materia de calidad en la atención y relación con el cliente, así como en la Ley 3/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, para paliar y reducir la pobreza energética en la Comunidad Valenciana”*). De los dos primeros nos ocuparemos a lo largo de la presente Resolución, pero no así respecto del tercero, que no ha sido objeto de impugnación y que, por ello, nos está vedado conocer en virtud del principio de congruencia (cfr.: artículo 47.2 TRLCSP).

Ello es suficiente para desestimar la impugnación del apartado 1 del Cuadro de Características, porque, con independencia de lo que luego se dirá al tratar de los referidos apartados 16.1.b) y 16.2 del Cuadro de Características, lo cierto es que, a la



postre, en las normas rectoras de la convocatoria subsistirá la previsión contenida en el Pliego de Prescripciones Técnicas a la que acabamos de hacer mención.

En esta tesitura, y por más que la descripción del objeto del contrato pueda estimarse mejorable, no encontramos razón alguna que nos lleve a anular el inciso objeto de impugnación, toda vez que, como dijimos en nuestra Resolución 272/2015, *“en la medida en que sean salvables mediante una labor interpretativa, los defectos de los que pueda adolecer la redacción de las cláusulas de un Pliego carecen de trascendencia invalidante”*. Adujimos entonces -y reiteramos hoy- que esta postura es coherente tanto con la perspectiva de nuestro derecho privado –en el que el artículo 1289 CC solo proclama la nulidad de los contratos de los que sea absolutamente imposible conocer su objeto principal-, como con la del Derecho Público, en el que las tachas de técnica normativa no son *“per se”* motivos que justifiquen la anulación de normas con fuerza de ley (cfr.: Sentencias del Tribunal Constitucional 225/998, de 25 de noviembre de 1998 y 9/2001, de 18 de enero de 2001) o reglamentarias (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 2 de julio de 1996 –Roj STS 4026/1996- y 10 de noviembre de 2003 –Roj STS 7011/2003-), y ni siquiera los eventuales errores de los que puedan adolecer los actos administrativos merman la eficacia que corresponda a su verdadero contenido (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 12 de mayo de 1981 –Roj STS 302/1981-).

La solución podría haber sido diferente en el caso de que se hubieran impugnado y anulado todas las menciones a la pobreza energética contenidas en el clausulado de los Pliegos, desde el momento en que, en esa tesitura, cabría defender en abstracto que el mantener en la descripción del objeto del contrato una mención como la que contiene el apartado 1 sería contraria, entre otros, al principio de seguridad jurídica. Como decimos, acaso en ese escenario nuestra decisión podría haber sido distinta; sin embargo, dado que se trata de una hipótesis que hoy no se plantea, omitimos cualquier pronunciamiento al respecto, para limitarnos a desestimar el primero de los motivos de impugnación.

Octavo.A) El segundo de los puntos objeto de impugnación (exclusivamente, en el recurso 853/2017) es la previsión, contenida en el último párrafo del apartado 11 del Cuadro de Características, de que los precios ofertados por los licitadores no habrán de superar el establecido por ellos en otros Acuerdos Marco a los que el Excmo. Ayuntamiento de Valencia pudiera adherirse. Aunque ya ha sido transcrita en el ordinal



quinto de los antecedentes de hecho de la presente Resolución, por razones de claridad la reiteraremos aquí:

<<Los precios en ningún caso podrán superar los precios establecidos al de otros Acuerdos Marco suscritos por la adjudicataria con otras administraciones públicas y que este Ayuntamiento tenga opción de adhesión.>>

Según se afirma en el informe emitido por el órgano de contratación, se trata de una *“condición resolutoria que garantiza en pro del interés público que los precios obtenidos mediante esta licitación no pueden ser superiores o los que el ayuntamiento obtendría adhiriéndose a acuerdos marco a los que pueda acceder”*. Dicho en otros términos, de atender a la tesis del órgano de contratación, con esta previsión se pretendería facultar a la Corporación a que diera por terminada la relación contractual con el adjudicatario en el caso de que este suscribiera un acuerdo marco a un precio inferior al resultante de la licitación. Sobre el particular, este Tribunal tiene serias dudas acerca de que la redacción del Pliego permita alcanzar ese propósito (pues lo cierto es que ninguna de las causas de resolución alude a esa circunstancia), pero, en cualquier caso, no es algo de lo que hayamos de ocuparnos ahora.

Lo que debe resolverse en este momento es si ese tope máximo así establecido es o no ajustado a Derecho, interrogante al que ha de responderse de manera negativa.

B) En efecto, el único límite que deben respetar los empresarios a la hora de formular su proposición económica es no superar la cuantía señalada como presupuesto base de licitación, pues, en caso contrario, quedarán excluidos de la misma tal y como recuerda el artículo 84 del Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP), en el que se lee:

“Si alguna proposición [...] excediese del presupuesto base de licitación [...] será desechada por la mesa, en resolución motivada.”

Ha de advertirse, en todo caso, que esta exclusión no es solo la consecuencia de la infracción de un precepto reglamentario, sino que se basa con carácter general en la fuerza vinculante de los Pliegos como *“lex contractus”* (cfr.: (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP) y, de modo más concreto, en



la propia naturaleza del presupuesto base de licitación, que, representando la valoración de la obra, servicio o suministro por la propia Administración (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 5 de julio de 2001 -expediente 1697/2001-), constituye el importe máximo de las obligaciones que pueden ser contraídas por la Administración que es fijado en la aprobación del gasto (cfr.: artículo 110 TRLCSP e Informe 2/1998 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

Este es el único límite previsto en el Ordenamiento para la formulación de las proposiciones económicas (aparte, claro está, del que resulta de la figura de las bajas anormales o desproporcionadas); fuera de él, no hay ni puede haber ningún otro porque cada empresario es libre de presentar la que estime adecuada de acuerdo con sus cálculos y criterios empresariales.

Admitir lo contrario –esto es, permitir que pueda establecerse un tope inferior, añadido al que resulta del presupuesto de licitación- sería distorsionar la naturaleza del procedimiento de licitación, cuyo tipo debe ser fijado por el órgano de contratación partiendo siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto (cfr.: Resolución 237/2017, y todas las en ella citadas) y atendiendo al precio general de mercado (cfr.: artículos 87.1 y 88.2 TRLCSP) a fin de *“garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa”* (cfr.: Resoluciones 66/2012, 694/2014, 360/2017, 576/2017, entre muchas otras). Siendo ello así, el establecimiento de un límite inferior al que supone el presupuesto de licitación equivaldría a obviar la referencia al precio general del mercado y, en último término, a desconocer el necesario equilibrio contractual de las prestaciones a cargo de la Administración y su contratista. Piénsese, a propósito de esto último, que si el empresario ha de presentar una proposición que no exceda de la que él haya formulado en otras licitaciones (en las que, al ser distintas, también ha podido serlo el precio medio del mercado tenido en cuenta para señalar el presupuesto de licitación), ajustarse a estas últimas le supondría el tener que prescindir de las condiciones concretas del suministro que es objeto de la convocatoria que hoy nos atañe y le obligaría a definir toda su estrategia comercial de modo que esta tuviera a la vista el conjunto de



los contratos de los que ha sido adjudicatario o incluso de los que pudiera resultar en el futuro.

C) No es este un problema únicamente de reducción de márgenes de beneficio empresarial, sino que, de hecho, afecta directamente a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE y que también debe ser salvaguardada en la contratación administrativa. Así lo señaló el Consejo de Estado en su Memoria de 2004, en cuya página 123 se lee:

<<La Constitución impone una contratación administrativa sometida a la ley y que sirva con objetividad los intereses generales. Ello requiere asegurar un espacio de libertad contractual de la Administración ante o frente a los contratantes privados y a éstos un espacio contractual y de negocios frente a las Administraciones públicas, en ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.>>

En efecto, el derecho a la libertad de empresa, de la que son manifestaciones, las libertades de contratación, de inversión y de organización (STC 112/2006), es, ante todo, el “derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (STC 83/1984), y, dentro de él se comprende la “libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado” (STC 64/1990), así como “una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” (STC 225/1993). Como tal derecho fundamental reconocido en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, cualquier restricción al mismo debe venir impuesta por normas con rango de ley que respete en todo caso su contenido esencial (cfr.: artículo 53.1 CE y SSTC 18/2011 y 53/2014), teniendo en cuenta, además, que no se cumple tal exigencia con una habilitación genérica que equivalga a una simple deslegalización (STC 83/1984).

D) Así las cosas, la opción seguida por el Excmo. Ayuntamiento de Valencia al establecer un tope cuantitativo adicional a las proposiciones económicas no puede sino estimarse contraria a Derecho, al afectar a la libertad de empresa de los licitadores concurrentes, una de cuyas expresiones es el derecho a dirigir la actividad económica en atención a las condiciones del mercado y el de fijar los precios libremente (cfr.: artículo 17.1 de la Ley



3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Es verdad que la protección constitucional de este derecho tiene distinta intensidad según la restricción afecte al acceso a la actividad empresarial o al desarrollo de la misma (STC 35/2016), pero, en el caso que nos atañe el matiz es irrelevante desde el momento en que el establecimiento del expresado límite carece de soporte legal alguno.

En suma, por vulnerar lo establecido en los artículos 87 y 88 TRLCSP, 84 RGLCAP y 38 CE, la cláusula ha de ser anulada.

Noveno. Es objeto asimismo de impugnación en el recurso 853/2017 el apartado 16.1 a) del Cuadro Anexo (cfr.: antecedente de hecho sexto), y, en particular, el siguiente inciso:

<<La empresa adjudicataria será responsable ante el Ayuntamiento de València y Organismos Autónomos de los niveles de calidad definidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, con independencia de las relaciones entre aquella y la empresa distribuidora de energía eléctrica.>>

Sostiene la recurrente que el responsable legal del mantenimiento del nivel de calidad es la empresa distribuidora de conformidad con los artículos 105 y 109 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (en adelante, RD 1955/2000), considerando desproporcionado imponer a la comercializadora la responsabilidad por hechos de un tercero.

El argumento no puede ser acogido. Ciertamente, las empresas distribuidoras son las responsables legales de la calidad del suministro (cfr.: artículo 41.1.k) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico –en adelante, LSE-; artículos 41.1.c) y 105 y ss RD 1955/2000), pero ningún precepto de la LSE o del RD 1955/2000 impide que las comercializadoras puedan asumir contractualmente la obligación de asumir la responsabilidad de la calidad del servicio. Antes bien, el artículo 11.3 LSE más bien previene lo contrario al decir:

“Sin perjuicio de lo establecido para el suministro de último recurso, la comercialización y los servicios de recarga energética se ejercerán libremente en los términos previstos en



la presente ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes.”

De hecho, no podemos dejar de señalar en este orden de cosas que la Sala I del Tribunal Supremo ha admitido –sin perjuicio de la responsabilidad de las empresas distribuidoras– la legitimación pasiva de las comercializadoras ante reclamaciones entabladas por los consumidores por razón de la calidad del suministro, razonando en su sentencia de 24 de octubre de 2016 (Roj STS 4628/2016):

“Lo contrario, por lo demás, supondría una clara desprotección e indefensión en el ejercicio de los derechos del cliente que estaría abocado, en cada momento, a averiguar que empresa era la suministradora de la energía sin tener con ella vínculo contractual alguno.”

Decae, en consecuencia, el motivo.

Décimo.A) Impugnan ambas recurrentes el inciso contenido en el apartado 16.1.b) del Cuadro de características en la que se prevé la negociación de convenios del Excmo. Ayuntamiento de Valencia con la adjudicataria en los términos siguientes (cfr.: antecedente de hecho sexto):

<<Durante el primer semestre de la vigencia del Acuerdo Marco el Ayuntamiento de Valencia propondrá, de mutuo acuerdo, negociaciones con la empresa adjudicataria con el fin de celebrar convenios sobre materias como la mejora de los hábitos de consumo, la eliminación de cortes de suministro en periodo invernal o la contribución al ahorro energético y a la implantación y desarrollo de medidas de microeficiencia (definidas en el art.8 de la Ley 3/2017), para afrontar la emergencia en el ámbito de la pobreza energética y con la finalidad de paliar y reducir la misma>>

El órgano de contratación defiende su inclusión a la vista del apartado primero de la DA 3ª de la Ley de la Generalitat 3/2017, de 3 de febrero, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunitat Valenciana, que reza:

“La administración de la Generalitat llevará a cabo negociaciones con las compañías suministradoras con el fin de celebrar convenios sobre materias como la mejora en los hábitos de consumo, la eliminación de cortes de suministro en periodo invernal o la



contribución al ahorro energético y a la implantación y desarrollo de las medidas de microeficiencia.”

Frente a ello, “GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.” sostiene que la cláusula transcrita, por ser indeterminada, genera incertidumbre acerca del alcance de las obligaciones de la adjudicataria, además de no guardar relación con el objeto del contrato y ser discriminatoria. “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.”, por su parte, añade que la habilitación del apartado primero de la DA 3ª de la Ley 3/2017 solo se refiere a la Administración Autonómica, y no a las entidades locales.

El recurso, en este punto, debe prosperar.

B) Ante todo, del tenor de la DA 3ª de la Ley 3/2017 no es posible inferir que el legislador autonómico esté autorizando incluir en el clausulado de los contratos sujetos al TRLCSP estipulaciones como las que analizamos, cuyo alcance es el de obligar a Administración y adjudicatario a negociar convenios y acuerdos y que, por ello, no es reconducible a ninguna de las categorías contractuales del TRLCSP, ni aun en la de los contratos atípicos. Lo único que hace el precepto legal es prever que la Administración Autonómica celebre con compañías suministradoras de energía convenios que, en principio, serán de los regulados en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); en modo alguno legitima que se imponga como obligación del adjudicatario de un contrato público la de negociar aquellos.

Así las cosas, en ausencia de una previsión legal expresa (sobre cuya validez no nos podríamos pronunciar, al estar reservado al Tribunal Constitucional el monopolio para declarar la inconstitucionalidad de las normas postconstitucionales con rango de ley – SSTC 66/2011, 187/2012, 177/2013-), la opción seguida por el Excmo. Ayuntamiento de Valencia es incompatible con el espíritu que subyace al TRLCSP, que, siendo reacio a la fusión de prestaciones de distintos contratos (solo posible, conforme al artículo 25.2 TRLCSP, *“cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante”*), con más razón, dado el diferente régimen jurídico al que se sujetan ambos, debe oponerse a



vincular en un mismo acto un contrato y la obligación de negociar futuros convenios, los cuales –no es ocioso recordarlo- se hallan excluidos de la disciplina del TRLCSP (cfr.: artículo 4.1.d) TRLCSP).

Y aun cuando se obviara ese reparo, lo que es indudable es que el precepto legal transcrito no tiene por destinatarios a las entidades locales, sino sola y exclusivamente a la Administración Autonómica. Su tenor literal es inequívoco, frente a su inciso segundo (en el que se emplea la fórmula más amplia de *“las administraciones públicas de la Comunitat Valenciana”*), al mencionar solo a la *“administración de la Generalitat”* (bajo la dirección del Consell a tenor del artículo 29.1 del Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio) como legitimada para negociar y suscribir, en su caso, estos convenios.

C) Por lo demás, la cláusula impugnada tampoco puede sustentarse en el principio de libertad de pactos que proclama el artículo 25.1 TRLCSP, toda vez que *“la primera exigencia para la libertad de pactos es el tener competencia y potestad para articular el pacto”* (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 25 de mayo de 2004 –Roj STS 3612/2004-), siendo así que, tal como se ha señalado, la DA 3ª no atribuye competencia alguna a los municipios y entidades locales para negociar y celebrar este tipo de convenios. Y desde que la legislación básica estatal, tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, articuló un sistema de atribución legal expresa de las denominadas competencias municipales propias (cfr.: artículos 7.2, 25, apartados 3 y 5, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local –en adelante, LRBRL-; STC 41/2016), no es posible tampoco encontrar fundamento para ello en la declaración genérica del artículo 25.1 LRBRL (en la que se alude *“promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”*), que reitera casi literalmente el artículo 33.1 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunitat Valenciana. Como se ha dicho, fuera de los casos de delegación de competencias y de las competencias especiales del 7.4 LRBRL (que las denomina *“distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”*), hace falta un precepto que de modo expreso atribuya una competencia a la entidad local, que, en el caso que nos concierne, no existe.



Desde esta perspectiva, dado que no hay potestad sin habilitación del Ordenamiento Jurídico (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de diciembre de 1994 –Roj STS 8626/1994-), se constata que la estipulación analizada contraviene lo dispuesto en el artículo 22.1 TRLCSP, en tanto aquella no guarda relación con los fines institucionales encomendados a la entidad local.

D) Llegados a este punto, ha de concluirse que la cláusula impugnada desconoce el límite establecido en el artículo 25.1 TRLCSP al proscribir la inclusión de pactos contrarios al Ordenamiento Jurídico, toda vez que aquella ni guarda relación con el objeto del contrato (cfr.: artículo 25.2 TRLCSP) ni tan siquiera está vinculada a los fines institucionales de las entidades locales (cfr.: artículo 22.1 TRLCSP). Se impone así su anulación, siendo innecesario detenernos en más consideraciones acerca de la alegada indeterminación del contenido de dichos convenios que se preveía negociar.

Undécimo.A) Las recurrentes también se alzan contra la cláusula 16.2 del Cuadro de Características, que, tal y como se ha dejado constancia en los antecedentes de hecho de la presente Resolución (cfr.: ordinal séptimo), establece como condición especial de ejecución del contrato, asegurándola mediante su configuración como causa de resolución, la siguiente:

<<Con carácter previo a efectuar un corte de suministro, respecto a los clientes de la empresa adjudicataria en la ciudad de Valencia, la empresa ha de solicitar un informe a los servicios sociales municipales para determinar si se encuentra vigente la declaración como hogar en situación de vulnerabilidad social de la Ley 3/2017, o en su defecto se estudie la situación del hogar en riesgo de situación de pobreza energética, en los términos del art. 3.3. de la citada Ley.>>

De esta suerte, el Pliego impone al adjudicatario que pretenda realizar un corte de suministro a un tercer cliente, distinto del Excmo. Ayuntamiento de Valencia (y de la Fundación Deportiva Municipal y la Universidad Popular), la obligación de solicitar un informe a los servicios sociales locales para determinar la situación del afectado; esta medida se corresponde con lo establecido en el artículo 3.3 de la Ley 3/2017, que reza:

“En caso de que una empresa comercializadora de energía (agua, electricidad o gas) quiera cortar el suministro por razones de impago, deberá comunicar dicha circunstancia



a los servicios sociales municipales para que estudien la situación del hogar en riesgo de situación de pobreza energética, de manera previa al hecho de que se efectúe algún tipo de restricción o corte en el suministro.”

El informe del órgano de contratación defiende su validez con base en el principio de libertad de pactos y en la DA 3ª de la Ley 3/2017, en cuyo apartado segundo se previene:

“En los términos de los artículos 118 y 150.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, las administraciones públicas de la Comunitat Valenciana incorporarán en los procedimientos de contratación de suministros de agua, luz y gas condiciones especiales de ejecución y de adjudicación relacionadas con la financiación de proyectos de interés social y solidario, como asimismo para cubrir los gastos de personal necesario para la tramitación de los abonos sociales, el análisis de las facturas, propuestas para el ahorro en viviendas y mediación en supuestos de personas en situación de vulnerabilidad.”

Por su parte, las recurrentes sostienen que la estipulación impugnada ni se ajusta a las finalidades y requisitos de las condiciones especiales de ejecución a las que alude el artículo 118 TRLCSP ni puede sustentarse en la DA 3ª de la Ley 3/2017 de la Generalitat.

B) Basta comparar la DA 3ª de la Ley 3/2017 con la cláusula 16.2 del Cuadro Resumen objeto de nuestra atención para constatar las diferencias entre ambas. El precepto legal menciona condiciones de ejecución relacionadas con *“la financiación de proyectos de interés social y solidario”, “cubrir los gastos de personal necesario para la tramitación de los abonos sociales, “análisis de las facturas”, “propuestas para el ahorro en viviendas y mediación en supuestos de personas en situación de vulnerabilidad”,* en tanto que la cláusula del Pliego prescinde de estas consideraciones y establece el deber de recabar informe de los servicios sociales antes de proceder al corte del suministro, obligación esta que es impuesta, por lo demás, en el artículo 3 de la citada Ley de la Generalitat 3/2017 y que, por ello, no necesita de recordatorio alguno en el Pliego de un contrato.

Sin entrar ahora en disquisiciones acerca de si el legislador autonómico puede o no introducir supuestos de condiciones especiales de ejecución (extremo cuyo conocimiento quedaría reservado al Tribunal Constitucional), y sin dilucidar tampoco si las previstas en



la Ley 3/2017 se ajustan a los requisitos exigidos para dichas condiciones, lo que es evidente es que la previsión de la cláusula 16.2 no puede ampararse en la DA 3ª de la Ley 3/2017, que nada dice sobre la obligación de comunicar a la entidad local la intención de comunicar los cortes del suministro.

C) La cuestión, pues, de la legalidad de la cláusula 16.2 deberá resolverse analizándola exclusivamente a la vista de lo prevenido en el artículo 118 TRLCSP y en la Directiva 2014/24/UE, parámetro de referencia con el que interpretar aquel, al haberse iniciado el procedimiento de licitación (cfr.: antecedente de hecho primero) después de vencido el plazo para su trasposición al derecho interno (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016 –C-324/14- y Sentencia TJUE, Sala Segunda, de 10 de julio de 2014 – asunto C-213/13-). En particular, el artículo 70 de la Directiva previene:

“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.”

En tanto que, a decir del artículo 67.3 de la misma Directiva:

“Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o*
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”*

Ambos preceptos deben interpretarse a la vista de las aclaraciones que al respecto proporciona la Exposición de Motivos de la Directiva, que en su apartado 104 recuerda que el propósito de tales condiciones es establecer requisitos específicos en relación con la ejecución del contrato, debiéndose hallar vinculadas al objeto del contrato y no



generar, directa o indirectamente, efectos discriminatorios. Sobre la vinculación al objeto del contrato, el mismo apartado 104 advierte:

“comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización.”

Añadiendo:

“Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa. “

Abunda en este último el apartado 97 de la Exposición de Motivos al indicar:

“No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.”

Así las cosas, las condiciones de ejecución han de referirse a la prestación que debe ejecutar el contratista a favor de la entidad destinataria de la misma, sin poder extenderse a otras áreas o actuaciones del empresario diferentes. Dicho en otros términos, los contratos a los que se refiere la Directiva 2014/24/UE pueden imponer al adjudicatario una forma concreta de llevar a cabo la prestación que constituye su objeto con consideración a factores sociales, medioambientales o de empleo, pero no exigirle que adapte su actuación general en el mercado a tales factores. La advertencia no es casual y es coherente con el criterio expresado por la jurisprudencia comunitaria, que ha admitido la posibilidad de emplear como criterios de adjudicación consideraciones ecológicas que estén relacionadas con el objeto del contrato (cfr.: Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002 -asunto C-513/99-), negando por ello la validez de aquellos criterios que no presenten esa relación (cfr.: sentencia TJCE de 4 de diciembre de 2003 -asunto C-448/01-, en la que se reputó contrario al Ordenamiento el valorar la cantidad de electricidad a suministrar a clientes distintos de la entidad adjudicadora).



Por lo demás, el expuesto es asimismo el criterio que expresan los artículos 145.6 y 202.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se trasponen 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 (BOE 9 de noviembre de 2017), y que, si bien a día de hoy aún no ha entrado en vigor (lo hará, con carácter general, el 9 de marzo de 2018 de conformidad con su DF 16ª), es indudable su valor como criterio interpretativo (cfr., a propósito de la aplicación de normativa posterior como criterio interpretativo, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 4 de julio de 2006 –Roj STS 5854/2006-, 29 de noviembre de 2006 –Roj STS 8055/2006- y 4 de octubre de 2016 –Roj STS 4401/2016-).

No queda sino añadir, en fin, que el criterio que aquí mantenemos es igualmente el que subyace al artículo 118 TRLCSP aún vigente, en la medida que en él se alude a las *“condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato”*, lo que entraña circunscribir su exigencia a la realización de la prestación objeto del mismo. Esta lectura resulta confirmada por la mención a las consideraciones que tuvieron por objeto *“garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización del Trabajo”*, pues esa alusión a la *“cadena de producción”* ha de entenderse efectuada a la relativa a la prestación objeto del contrato.

D) Expuesta la doctrina general sobre los requisitos que deben cumplir las condiciones especiales de ejecución de los contratos regulados en el TRLCSP, se constata que la cláusula 16.2 del Cuadro resumen no es ajustada al Ordenamiento.

Ello es así desde el momento en que aquella impone una obligación a la adjudicataria que, aun loable, ni guarda relación con el objeto del contrato (el suministro de energía eléctrica al Ayuntamiento y a determinados organismos de él dependientes), ni se limita a las prestaciones derivadas del mismo. En efecto, la pretendida condición especial de ejecución no se refiere al suministro de energía contratado por la Corporación Municipal para sí y sus entidades, sino que afecta a las relaciones que la empresa seleccionada tenga con cualesquiera clientes en la ciudad de Valencia, trascendiendo la relación contractual entre ambas para afectar a la política general de la empresa y desconociendo así uno de los límites de este tipo de cláusulas.



Desde otra perspectiva, en fin, cabe recordar que, aunque el contrato público sea un instrumento al servicio de la actividad administrativa, no puede emplearse para amparar una restricción como la que aquí se pretende al derecho fundamental reconocido en el artículo 38 CE a la libre empresa, cuyos límites, como los de cualquier otro, han de tener cobertura en una norma con rango legal (cfr.: artículo 53.1 CE; STC 83/1984 y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 15 de diciembre de 2006 –Roj STS 8355/2006-).

Frente a ello, no es posible esgrimir el principio de libertad de pactos del artículo 25.1 TRLCSP, toda vez que este tiene uno de sus límites en que aquellos no sean contrarios al ordenamiento jurídico, que es precisamente lo que supone la cláusula analizada al desconocer los requisitos que se derivan de los artículos 70 de la Directiva 2014/24/UE y 118 TRLCSP.

E) Abundando en estos razonamientos, bien puede afirmarse que la cláusula en cuestión incurre en el vicio de desviación de poder, esto es, en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los atribuidos en el Ordenamiento (cfr.: artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), límite aplicable igualmente a la libertad de pactos (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 16 de noviembre de 1995 –expediente 2216/1995-), en la medida en que con ella no se pretende regular los derechos y obligaciones de las partes del contrato (cfr.: artículo 115 TRLCSP), sino las relaciones de la adjudicataria con terceros clientes, apartándose así del propósito del Pliego y de los propios fines del contrato público.

Al así pronunciarse, este Tribunal no ignora lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 3/2017, que la cláusula analizada viene a reproducir al menos en parte, ni menos aún cuestiona el contenido de aquel precepto; simplemente se limita a señalar que es impropio incluirla en el Pliego de cláusulas por ser su contenido ajeno a la naturaleza de este. La obligación de las empresas suministradoras de energía de comunicar a los servicios sociales su intención de proceder al corte del suministro de sus clientes existirá al margen de nuestra decisión, porque viene impuesta por un precepto legal a cuya vigencia y eficacia nada añade el que se reitere en el pliego rector de una licitación.

Procede, en consecuencia, la anulación del apartado 16.2 del Cuadro y, por extensión del primer inciso del apartado 21 (que considera su incumplimiento como causa de



resolución) y del último punto de la cláusula 33 del Pliego (que se remite a su vez a la 21 como causa de resolución del contrato).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, en parte, los recursos interpuestos por D. M.A.B. en nombre de “GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.” y por D. J.S.G.R. en el de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” frente al Pliego rector del acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica en baja y alta tensión del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, la Fundación Deportiva Municipal y la Universidad Popular del Ayuntamiento de Valencia considerando la atención y reducción de la pobreza energética en el municipio de Valencia (nº expediente 72-SU/2017), y en su virtud,

- 1) Anular los apartados 11 (último párrafo), 16.1.b) (último párrafo), 16.2 y 21 (inciso primero) del Cuadro de Características anexo al mismo, así como la cláusula 33 (último inciso) del Pliego de Cláusulas.
- 2) Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión adoptada con fecha de 1 de septiembre de 2017.

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.