



Recurso nº 474/2020 C.A. Región de Murcia 32/2020

Resolución nº 816/2020

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

En Madrid, a 17 de julio de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a S.G.M., actuando en nombre y representación de la mercantil GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., por medio del cual impugna el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del "*contrato administrativo de suministro eléctrico de edificios e instalaciones municipales*", con expediente 11/19, convocado por el Pleno del Ayuntamiento de Jumilla, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Jumilla, a través de su Pleno, convocó mediante anuncio publicado en el DOUE de 12 de mayo de 2020 (DO/S S92/ 219040-2020-ES) y en la Plataforma de Contratos del Sector Público de 11 de mayo de 2020, la licitación del contrato de suministro denominado: "*contrato administrativo de suministro eléctrico de edificios e instalaciones municipales*", con expediente 11/19, mediante procedimiento abierto y tramitación anticipada, con un valor estimado del contrato IVA excluido de 2 968 248,73 euros y un plazo de duración de dos años susceptible de ser prorrogado por dos años más.

Segundo. El procedimiento de adjudicación, se rige por la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada al tratarse de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 214.000 €, y de carácter administrativo conforme a los arts.



21.1. b) y 25.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). i

Tercero. Mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2020 en el Registro electrónico de este Tribunal, D^a. S.G.M., actuando en nombre y representación de la mercantil GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación, contra dos cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato.

Cuarto. El órgano de contratación, el 5 de junio de 2020, acordó remitir al Tribunal el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, de 8 de noviembre, que ha desglosado en un informe técnico y un informe jurídico.

Quinto. La Secretaría del Tribunal comunicó el 11 de junio a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP, habiendo presentado alegaciones la empresa IBERDROLA CLIENTES, S.A.U, en su condición de potencial licitador oponiéndose a la estimación del recurso en lo que se refiere a la impugnación de la cláusula 17 del PCAP.

Sexto. El 16 de junio de 2020 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 4 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurrente, GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., está legitimado al tratarse de un potencial licitador del contrato al que se refieren los Pliegos



impugnados, razón por la que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. Como se ha expuesto antes, el objeto del recurso son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, (en adelante PCAP y PPT), de los que se impugnan dos cláusulas, por considerarlas contrarias a derecho. De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado sea superior a 100.000 € es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Respecto del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 50 y 51 de la LCSP, habiendo sido presentado el recurso el 29 de mayo de 2020, en el registro electrónico de este Tribunal y constando en el expediente la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación el 11 de mayo de 2020, el recurso se interpone en el plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurso plantea la nulidad del párrafo segundo de la cláusula 17 del PCAP y del párrafo primero de la cláusula 4.3 del PPT.

La cláusula 17 del PCAP establece la obligación del adjudicatario de disponer, al inicio de la ejecución del contrato, de una oficina física de atención al público en el casco urbano de Jumilla con todo el material técnico y humano necesario para atender físicamente al personal del Excmo. Ayuntamiento de Jumilla que se persone en dichas oficinas para realizar las gestiones, que por éstos se consideren oportunas en relación a gestión de contratos, altas, bajas, facturación, tramitación, etc. Así como la obligación de disponer de un servicio permanente de atención al cliente (24 horas, 7 días a la semana) para resolver cualquier anomalía en el suministro.

La mercantil recurrente argumenta con base en la Resolución de este Tribunal nº 101/2013 de 6 de marzo, cuyo texto transcribe ampliamente, que la citada cláusula es contraria a la LCSP, pues ésta admite la adscripción de medios materiales siempre y



cuando sea razonable justificada y proporcional a la entidad y características del contrato y no limite la participación de las empresas en la licitación.

En su opinión falta la justificación, la proporcionalidad de la medida, ya que las funciones que se asignan al personal que debe atender en la oficina física ya están incluidas en las funciones que debe llevar al cabo el responsable de la empresa designado para este contrato, quine según la cláusula 18.2 del PCAP, tiene la obligación de llevar el control de la ejecución del contrato, responsabilizarse directamente y por ende atender todas las incidencias que se puedan producirse, velar por su correcta ejecución y atender los requerimientos de los responsables municipales. Además tiene obligación de estar localizable en todo momento y atender de forma personalizada las llamadas. Concluye por tanto, que estas funciones incluyen la gestión de contratos, altas, bajas, facturación, tramitación, etc. que se pretenden cubrir por la oficina física.

Añade por último que además la cláusula impugnada limita la concurrencia debido a que solo uno de los potenciales licitadores, sin hacer ninguna identificación, dispone de oficina física en el casco urbano de la localidad de Jumilla, por lo que se le está dando una ventaja injustificadamente.

Procede analizar si la adscripción de medios materiales y humanos exigida por la cláusula 17 del PCAP se ajusta a los requisitos de art. 76.2 y 3 de la LCSP, de acuerdo con la interpretación que viene realizando este Tribunal siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En consecuencia, procede revisar si la citada cláusula impone o no una exigencia justificada, proporcionada y que no limite la concurrencia de los posibles licitadores.

Comenzando por esta última cuestión, es necesario precisar que la Resolución nº 101/2013 de 6 de marzo de este Tribunal, así como las que en ella se citan, y que son invocadas por la recurrente, se refieren a un supuesto que difiere con el que ahora se analiza, básicamente en que en el presente caso la justificación de disponer de una oficina en la localidad en la que se presta el suministro, no es exigida como



requisito de admisión de las ofertas, no se exige como requisito adicional de solvencia en la fase de admisión, valoración y adjudicación de las ofertas, sino una vez adjudicado el contrato como un requisito correspondiente a la fase de la ejecución del contrato. Sin embargo en la Resolución 101/2013, el Pliego objeto de recurso contemplaba la exigencia de disponer de oficinas en cada una de las Provincias en las que se ejecute el contrato como un requisito adicional de solvencia. En efecto, tal como especifica la citada Resolución en su fundamento de derecho séptimo: *"...exigencia, que tal como está formulada, es de hecho un requisito de adicional al de clasificación que se exige en la cláusula 9.3 e) del pliego de cláusulas por referencia a la cláusula 14. Así pues, entiende este Tribunal que con carácter previo al estudio de si la citada cláusula 9.3 j) del pliego vulnera los principios de concurrencia e igualdad, tal y como manifiestan las recurrentes, se hace necesario examinar la posibilidad de su exigencia como requisito adicional a la clasificación"*.

En ese contexto se entiende la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), conforme a la cual: si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

Precisamente por no encontrarse aquel caso en ninguno de estos supuestos: compromiso de adscripción de medios o condición de ejecución del contrato una vez adjudicado, es por lo que este Tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula del pliego analizada no era conforme a derecho y por tanto debía ser anulada.

Sin embargo, no ese el mismo caso en el que nos encontramos ahora, en el que el Pliego configura la obligación de disponer de una oficina en el casco urbano de Jumilla como una obligación exigible en la fase de ejecución del contrato, (*"...a la hora de*



iniciar la ejecución del contrato...”, dice la cláusula impugnada), sin necesidad de que los licitadores que presenten su oferta dispongan al tiempo de concurrir en la licitación de dicha oficina.

En consecuencia la cláusula 17 del PCAP, no supone una limitación a la libre concurrencia de licitadores por el hecho de exigir la disponibilidad de una oficina en el casco urbano de la localidad del Ayuntamiento que licita el suministro a la hora de iniciar la ejecución del contrato, pues dicha circunstancia no influye en la valoración de la solvencia y en la de los criterios de adjudicación de los potenciales licitadores. Añade la mercantil recurrente que esa condición de ejecución implica beneficiar a un potencial licitador, que sin identificar, dice que ya tiene en la actualidad una oficina en el casco urbano de Jumilla. Sin embargo, se rechaza ese argumento, pues aun aceptando que sea cierto ese hecho, no es objeto de valoración en la fase de adjudicación, ni se acredita que implique una ventaja relevante, pues la disponibilidad de dicha oficina va a implicar un mismo coste indirecto para cualquiera de los licitadores que resulten adjudicatarios, por lo que todos los licitadores son tratados por igual en esta licitación.

Queda por analizar el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y necesidad en la exigencia de esta obligación específica de ejecución. Respecto de su proporcionalidad, un primer argumento favorable reside en la cuantía del contrato en relación con el coste que puede implicar el mantenimiento de la oficina exigida en el casco urbano de Jumilla. El valor estimado del contrato como se dijo en los antecedentes asciende a 2 968 248,73 euros IVA excluido por un plazo de duración de dos años susceptible de ser prorrogado por dos años más. Este elevado importe unido a que no se exige disponer en propiedad de la oficina ni tampoco su ubicación en ninguna zona concreta del casco urbano de Jumilla, permite concluir que el cumplimiento de esa exigencia no es un coste relevante que condicione la presentación de las ofertas y el plus de atención al cliente que conlleva queda justificado económicamente por la importancia del suministro a contratar. En cuanto a su necesidad, ésta no debe entenderse como *conditio sine qua non* es decir, como un requisito sin el cual no es posible el suministro que se va a contratar, sino que debe



ponderarse desde el punto de vista de la discrecionalidad del órgano de contratación para establecer condiciones de ejecución razonables en función de las circunstancias del caso. En este sentido el informe técnico remitido por el órgano de contratación relata la existencia de problemas en la gestión del actual contrato de suministro que en su experiencia atribuye al hecho de disponer en la actualidad para solventar cualquier gestión de alta, baja, cambio de tarifa, o cualquier otra que sea necesaria, respecto de un total de 228 suministros eléctricos, solamente de un teléfono y de un correo electrónico, lo que implica dilaciones e ineficiencias en la resolución de los trámites de ejecución del contrato. En dicho informe se ofrecen diversos ejemplos concretos de incidencias en la gestión que serían solventadas de forma más eficiente si se tratasen de forma presencial por el responsable del contrato con el personal del Ayuntamiento. Precisamente se argumenta por el órgano de contratación, que se ha optado por promover esta licitación, abandonando el sistema por el que hasta ahora se satisfacían las necesidades de suministro eléctrico, a través de un acuerdo marco con la Federación Española de Municipios y Provincias, porque al no ser obligatorio en este Acuerdo Marco la disposición de dicha oficina, éste no resulta efectivo ni realmente eficiente, *“teniendo incontables problemas con la tramitación y gestión de contratos y, sobre todo, y mucho más importante, con la facturación, haciendo casi imposible hacer un seguimiento adecuado del gasto en electricidad”*.

Partiendo de estos hechos cuya existencia es verosímil, debe considerarse razonable la exigencia del PCAP, habiendo hecho uso el órgano de contratación de la discrecionalidad que le corresponde para establecer condiciones de ejecución que satisfacen de una forma proporcionada y razonable las necesidades del contrato.

Por último, también se rechaza el argumento de la mercantil recurrente sobre la falta de necesidad de la oficina, debido a que el PCAP ya contempla en su cláusula 18.2 la figura de un responsable de la ejecución del contrato, localizable en todo momento, pues como dice la citada cláusula este responsable será el enlace entre la empresa contratista y el Ayuntamiento llevando el control de la ejecución del contrato y responsabilizándose directamente de las incidencias, velando por su correcta



ejecución, y atendiendo los requerimientos que le formen los responsables municipales, por lo que no tiene que coincidir el responsable del contrato con el personal que emplee el contratista para la ejecución material de las gestiones de gestión de contratos, altas, bajas, facturación, tramitación y resolución de incidencias en el suministro. Tanto es así que el propio Acuerdo Marco que sirve de título jurídico para la prestación actual del suministro, diferencia ambos tipos de personal, precisamente en las cláusulas transcritas en el recurso. En efecto, el citado Acuerdo Marco junto con *“un gestor con funciones de coordinación y asistencia y disponer de un servicio permanente de atención al cliente para resolver cualquier anomalía en el Suministro, distingue también los medios humanos y materiales suficientes para responder satisfactoriamente a todos aquellos compromisos derivados del cumplimiento de los Contratos basados a lo largo del plazo de su vigencia”*.

Por tanto no son incompatibles la existencia de un coordinador responsable del contrato con otro personal que atienda en la oficina física las gestiones que conlleve la ejecución del contrato, y esté bajo la supervisión de aquel responsable.

En consecuencia procede desestimar el recurso en lo que se refiere a este motivo de impugnación.

El segundo motivo de impugnación afecta a la cláusula 4.3 del PPT, limitándose a su párrafo primero según el cual: *“La empresa comercializadora adjudicataria, facturará al Excmo. Ayuntamiento de Jumilla mensualmente, de acuerdo con las lecturas del consumo realizadas por la empresa distribuidora. Se exigirá la lectura real mensual, y no se admitirán facturas de estimación de la lectura de ningún suministro, debido al problema que esto puede causar al control del gasto y del consumo de cada uno de los suministros eléctricos de titularidad municipal”*. Añade el segundo párrafo: *“Las facturas detallarán los consumos reales”*.

La recurrente discrepa de la legalidad de exigir la lectura real mensual, y de que no se admitan facturas de estimación de la lectura de ningún suministro.



Invoca para ello el art. 3 del Real Decreto 1718/2012, de 28 de diciembre, por el que se determina el procedimiento para realizar la lectura y facturación de los suministros de energía en baja tensión con potencia contratada no superior a 15 kW, del que resalta el apartado 2 que tras indicar que la facturación se realizará siempre basándose en lecturas reales, añade que: *“En aquellos suministros en los que el encargado de lectura no pueda acceder al equipo de medida para realizar la lectura, será de aplicación lo establecido a este respecto en el tercer y cuarto párrafos del apartado 1 del artículo anterior”*. En estos párrafos del citado apartado se contemplan casos en los que el encargado de lectura no pueda acceder al equipo de medida para realizar la lectura o bien casos en los que el consumidor no facilite las lecturas.

Sin embargo, tal como explica el órgano de contratación, actualmente todos los suministros objeto del contrato cuentan con equipos de medida de telegestión, conociendo el consumo real, ya no por meses, ni si quiera por días, sino por horas. Es decir, no se va a dar el caso de que sea necesario que el encargado de lectura acceda físicamente al equipo de medida en el lugar en el que éste se encuentra, porque simplemente no lo necesita al disponer de la lectura real de forma inmediata en todo momento por el sistema de telegestión.

La clasificación de los contadores viene establecida en el Real Decreto 1110/2007 por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico. En función de las características de los puntos de suministro se detallan los tipos de contadores necesarios a instalar distinguiendo hasta cinco tipos diferentes. El tipo 5 se corresponde con puntos situados en las fronteras de clientes cuya potencia contratada en cualquier periodo sea igual o inferior a 15 kW, es decir los puntos a los que se refiere el art. 3.2 del Real Decreto 1718/2012, de 28 de diciembre, invocado por la recurrente.

Pues bien, para estos contadores o equipos de medida tipo 5, el Gobierno aprobó la Orden IET/290/2012 de 16 de febrero, por la que se modifica la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 en lo relativo al plan de sustitución de contadores y que obliga a las distribuidoras a que antes del 31 de diciembre de 2018, en todos los suministros con

contadores tipo 5 se debe sustituir el contador analógico por uno digital que permita que esté telemedido el suministro o el consumo de electricidad. En consecuencia, si los puntos de suministro y correspondientes contadores del Ayuntamiento de Jumilla disponen en la actualidad, todos ellos de un sistema de medida que permita la discriminación horaria y la telegestión, es evidente que los datos de consumo, necesarios para facturar se conocen en tiempo real, sin necesidad de desplazar técnicos hasta los equipos para tomar las medidas in situ.

Por esta razón, tal como informa el órgano de contratación, la comercializadora adjudicataria del contrato no debe tener problema alguno en facturar todos los meses con medidas reales, ajustándose así al primer párrafo del art. 3.2 del Real Decreto 1718/2012, de 28 de diciembre. En consecuencia, procede desestimar este segundo motivo de impugnación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a S.G.M., actuando en nombre y representación de la mercantil GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., por medio del cual impugna el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del *"contrato administrativo de suministro eléctrico de edificios e instalaciones municipales"*, con expediente 11/19, convocado por el Pleno del Ayuntamiento de Jumilla.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada y acordar la continuación del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.



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 Región de Murcia, 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.