



Recurso nº 972/2020

Resolución nº 1261/2020

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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. I. G. R., en representación de la mercantil ENDESA ENERGÍA S.A.U., contra su exclusión de la licitación del contrato de *“suministro de energía eléctrica durante los años 2021 y 2022 en los puntos de suministros establecidos por ADIF-ALTA VELOCIDAD”*, con número de expediente 2.20/25820.0004, convocado por la Entidad Pública Empresarial ADIF-ALTA VELOCIDAD, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 10 de agosto de 2020, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación con número de expediente 2.20/25820.0004, relativo al contrato de suministro de energía eléctrica durante los años 2021 y 2022 en los puntos de suministros establecidos por ADIF-ALTA VELOCIDAD.

Segundo. Con fecha 8 de septiembre de 2020, se aprueba la relación de licitadores, entre los que se encuentra la recurrente ENDESA ENERGÍA S.A.U.

Tercero. En fecha 15 de septiembre de 2020, se acuerda la exclusión de la licitación de las mercantiles ENDESA ENERGÍA, S.A.U. y ENERGÍA DLR COMERCIALIZADORA, S.L. por cuanto su oferta no se ajusta al modelo indicado en el Pliego de Condiciones Particulares al no haber utilizado el sobre que, a tal efecto, facilita ADIF-Alta Velocidad a todas las empresas interesadas en participar en el procedimiento. Contra esta resolución de exclusión se interpone el presente recurso.

Cuarto. El 15 de octubre de 2020, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo



con lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Han presentado alegaciones las empresas IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. y EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.

Quinto. Con fecha 16 de octubre de 2020, se acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Segundo. Se trata de un acto objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de suministro que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Igualmente, se trata de un acto recurrible, al tratarse de uno de los señalados en el artículo 44.2.b) LCSP que dispone que «*Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».



Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 LCSP.

Cuarto. En relación con la legitimación del recurrente, el artículo 48 de la LCSP establece que *«podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

Dicha norma se remite a la doctrina jurisprudencial del concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente supuesto, el recurrente goza de legitimación para presentar el recurso.

Quinto. Como cuestión previa, el recurrente solicita el acceso al expediente. Dicha posibilidad se encuentra regulada en el artículo 52 LCSP, que sobre el menester señala:



«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

Sobre el alcance y límites de este derecho, se ha pronunciado este Tribunal en múltiples ocasiones y muy recientemente en la Resolución nº 658/2020, de 4 de junio de 2020, que dispone así:

«En cuanto a la primera de dichas cuestiones, la parte recurrente interesa acceder de forma plena al expediente, para poder fundamentar, en su caso, el recurso formulado. A la vista de la documentación remitida a este Tribunal, resulta que la actora solicitó, en dos ocasiones, el acceso al expediente: la primera, en virtud de escrito de 16 de marzo de 2020, respecto de la que no consta contestación, y la segunda el día 26 de marzo de 2020, documento nº 20.2 EA, que fue denegada por el órgano de contratación con fundamento en la Disposición Adicional 3ª del RD 463/2020, pues en dicho momento no se había adoptado todavía el acuerdo de no suspensión del plazo para interponer recurso especial, por lo que la tramitación de la licitación se encontraba suspendida. En concreto, la recurrente solicitaba acceso “al expediente de contratación núm. PA06/19”. Petición



amparada en el artículo 52 de la LCSP y que se realizó de forma genérica. Visto lo anterior, debe anticiparse que no procede la concesión de vista del expediente de contratación, porque se considera un trámite innecesario. Efectivamente, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones al pronunciarse sobre el alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente, se considera que el acceso no es necesario para la impugnación del recurrente o, “a contrario”, que su no acceso no determina indefensión material. Así, en la Resolución nº 131/2015 indicábamos que:

“Debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la Resolución nº 852/2014: ‘En tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación’. En esta misma línea, en la Resolución nº 248/2015 razonábamos como sigue: ‘Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los



recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar'. (Resolución de 14 de julio de 2017, 634/2017) Y entendemos que, en este caso, el acceso es innecesario porque, en primer lugar, la recurrente realizó la petición de manera genérica (como ocurre también en el escrito de recurso), y porque de lo prolijo de las manifestaciones que se contienen en su escrito de recurso, resulta que la actora conocía los motivos por los cuales recibió la puntuación concedida. De hecho, en el recurso se transcribe el tenor literal de diversos pasajes del informe técnico de 12 de marzo de 2020, por lo que la recurrente tuvo pleno conocimiento de las razones de su exclusión. De manera que no ha sufrido indefensión alguna y ha podido conocer todos los pormenores que se tuvieron en consideración a la hora de excluir su oferta. De lo anterior resulta que ha dispuesto de la información necesaria para articular sus pretensiones en esta sede. Por lo que no ha sufrido indefensión, dado que de forma directa o indirecta ha tenido conocimiento de los diferentes trámites y resoluciones del procedimiento. La recurrente ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente. En consecuencia, se deniega el acceso al expediente en los términos solicitados"».

Aplicando la citada doctrina al presente supuesto, debe denegarse la solicitud de acceso al expediente, por cuanto se entiende que la mercantil recurrente ha tenido conocimiento debido de la motivación de su exclusión, por lo que no ha sufrido indefensión, dado que de forma directa ha tenido conocimiento de los diferentes trámites y resoluciones del procedimiento.

Sexto. El recurrente centra su recurso en señalar que es desproporcionada su exclusión del procedimiento por el incumplimiento del requisito formal de la presentación de su oferta y en defender el carácter objetivo y no subjetivo de la valoración de ofertas mediante fórmulas.



Sobre esta cuestión, en primer lugar, el apartado III.3.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en materia de elección del tipo de oferta es taxativo al señalar que (el subrayado es nuestro):

«Dentro del SOBRE Nº 2, CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS, el licitador incluirá dos sobres, sobre A (sobre nominado) y sobre B (sobre innominado), con la misma oferta. En el sobre A, el licitador hará constar los datos de la empresa, tanto en los modelos de proposición económica como en el sobre correspondiente. El sobre B y su contenido no podrán tener ningún dato que permita identificar a la empresa ofertante (tales como logos, firma, información en formato electrónico, utilización de sobre distinto al facilitado por ADIF-ALTA VELOCIDAD, etc.). EL INCUMPLIMIENTO DE ESTE REQUISITO SUPONDRÁ LA EXCLUSIÓN DE LA EMPRESA DEL PROCEDIMIENTO. El sobre B será facilitado por ADIF-ALTA VELOCIDAD a todos los licitadores».

El presente contrato se licita a través de negociación en varias fases, teniendo en cuenta que, en la primera fase del procedimiento, el Órgano de Contratación debe decidir el tipo de oferta, de entre los tres posibles, en base a la cual se iniciará el proceso de negociación que determinará el adjudicatario de cada lote.

La elección del tipo de oferta no responde a la aplicación de unos criterios evaluables mediante fórmulas sino que el tipo de oferta, de conformidad con lo dispuesto en el apartado III.3.2 de Cuadro de Características del Pliego, se elige *«atendiendo a criterios de eficiencia del gasto y de acuerdo con los intereses de los operadores ferroviarios, teniendo en cuenta la evolución y/o tendencia que tengan los mercados de energía y las ofertas presentadas»*, por lo que, no estando preestablecidos los criterios que determinarán la elección del tipo de oferta mediante la aplicación de fórmulas inequívocas, considera, el Órgano de Contratación, que mantener el anonimato de las ofertas durante esta fase de elección del tipo de oferta permite garantizar la transparencia y la igualdad de trato entre los licitadores.

Por ello, se establece la presentación de las proposiciones económicas en dos sobres que se incluyen dentro del sobre nº 2 de Proposición Económica; un sobre A o sobre nominado y sobre B o sobre innominado, ambos con la misma oferta pero, en uno de ellos, en el sobre B, no se contiene ningún elemento que permita identificar al ofertante,



circunstancia por la cual ese sobre B es entregado por ADIF-Alta Velocidad a los licitadores, garantizando así que todos ellos presenten el mismo sobre sin que haya elementos que permitan identificar al licitador.

No resulta discutido que la recurrente presentó su oferta incluyendo dentro del sobre nº 2 de proposición económica un sobre innominado distinto al exigido en el Pliego lo que provocó la pérdida del anonimato de su oferta puesto que ese sobre diferente la distinguía del resto de licitadores de manera inequívoca.

En este sentido, el Pliego de Condiciones Particulares, en su apartado III.3.2, antes expuesto establece de manera taxativa la exclusión del procedimiento del licitador que incumpla la precedente condición.

Frente a lo argumentado por el recurrente, cabe indicar que el defecto de la proposición económica de la recurrente supone el incumplimiento de un requisito esencial en la formulación de la oferta, por cuanto con el mismo se garantiza el secreto de las proposiciones, no pudiendo ser objeto de subsanación porque dicha subsanación implicaría, entre otros, incumplir la obligación de mantener en secreto la oferta hasta el momento de su apertura, tal y como se ha explicado anteriormente.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado expresamente este Tribunal considerando que *«Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08-).»*



En consecuencia, no estamos ante una cuestión meramente formal que permita la subsanación, sino ante un incumplimiento flagrante del contenido de los pliegos, por cuanto con su actuación, la recurrente incumplió los requisitos necesarios para garantizar la confidencialidad y el anonimato de los licitadores.

Por último, en relación con la alegación relativa a la supuesto falta de diligencia de ADIF a la hora de proporcionar el cuestionado sobre, consta en el expediente, que en fecha 25 de agosto de 2020, se formuló por un licitador la siguiente pregunta a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público: *«Buenos días, ¿qué pasos debemos realizar para que nos puedan facilitar el sobre B?»*, a lo que se respondió: *«Buenos días, en respuesta a su pregunta le indicamos que en el Pliego de Condiciones Particulares de esta licitación se establece que el Sobre B (innominado) deberá ser recogido en nuestras oficinas. En este sentido le indicamos que la dirección de recogida es: C/ Hiedra, 9; edificio 23, Estación de Chamartín; 28036 Madrid»*.

Dicha solicitud de información era pública y conocida por todos los licitadores, con lo que en ningún caso, la recurrente puede afirmar que existió falta de diligencia por parte del organismo a la hora de facilitar la documentación referida. Consta por tanto acreditado que ADIF-Alta Velocidad no facilitó a la recurrente el sobre B porque no lo solicitó, lo que supone que no actuó con la diligencia debida a la hora de preparar su oferta y no advirtió la obligación de utilizar un sobre específico. Por lo tanto, la recurrente no presentó la proposición económica en la forma definida en el Pliego y su exclusión es procedente. Tampoco puede hablar la recurrente de agravio comparativo, por cuanto también la licitadora ENERGÍA DLR COMERCIALIZADORA, S.L. fue excluida por el mismo motivo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. I. G. R., en representación de la mercantil ENDESA ENERGÍA S.A.U., contra su exclusión de la licitación del contrato de *“suministro de energía eléctrica durante los años 2021 y*



2022 en los puntos de suministros establecidos por ADIF-ALTA VELOCIDAD”, con número de expediente 2.20/25820.0004, convocado por la Entidad Pública Empresarial ADIF-ALTA VELOCIDAD.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.