



Recurso nº 706/2022 C. Valenciana 178/2022

Resolución nº 788/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 1 de julio de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. M.P.P., en representación de ENDESA ENERGÍA S.A. (ENDESA o la Recurrente) contra acuerdo de modificación del Expediente AMS60-006/2022 para la contratación del *“Acuerdo Marco de suministro de energía eléctrica con garantía de origen 100 por 100 renovable a gestionar por la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Alicante”*. En su Lote 1: *“Suministro eléctrico mercado libre. Tipo contratable tarifa fija/variable/origen renovable”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 9 de febrero de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el anuncio para la licitación por la Diputación Provincial de Alicante, por procedimiento abierto, del Expediente AMS60-006/2022 *“Acuerdo Marco de suministro de energía eléctrica con garantía de origen 100 por 100 renovable a gestionar por la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Alicante”* dividido en dos lotes, siendo el objeto del Lote 1, el *“Suministro eléctrico mercado libre. Tipo contratable tarifa fija/variable/origen renovable”*, El valor estimado del contrato es de 152.679.927,89 euros. El plazo de presentación de ofertas vencía el 14 de marzo de 2022.

Segundo. En el plazo establecido la entidad IBERDROLA CLIENTES S.A.U., presentó oferta que fue declarada inaceptable por la Mesa de Contratación de la Diputación Provincial de



Alicante en sesión de 2 de mayo de 2022, al rebasar su precio el presupuesto determinado en los pliegos.

Como consecuencia de lo anterior, el Pleno de la Diputación Provincial (Órgano de Contratación u OC), en sesión de 4 de mayo de 2022, acordó:

1. La terminación del procedimiento abierto, convocado el 9 de febrero, por imposibilidad material de continuarlo, al haberse presentado a la licitación solo ofertas irregulares o inaceptables [art.167.e) LCSP].
2. Modificar el expediente AMS60-006/2022 para aplicar el procedimiento negociado sin publicidad por la causa establecida en el art. 168.b).2º LCSP.
3. Aprobar una modificación del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), para incluir una Cláusula Adicional, estableciendo en ella la oferta económica, formulada conforme a la cláusula 9.1 del pliego, como aspecto único objeto de la negociación.

El Acuerdo de 4 de mayo de 2022 se publicó en la PCSP el 10 de mayo siguiente.

Tercero. En fecha 31 de mayo de 2022, tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda, recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENDESA contra el Acuerdo de 4 de mayo de 2022.

El recurso expone, en primer lugar, que el 23 de mayo de 2022, ENDESA presentó, a través de Registro electrónico de la Diputación de Alicante, solicitud para que se le cursase invitación a fin de presentar oferta en el procedimiento negociado sin publicidad aprobado por el Acuerdo de 4 de mayo, sin haber obtenido respuesta.

Seguidamente, como motivo de oposición número 1 frente al Acuerdo, la Recurrente esgrime que no es conforme a Derecho tramitar, mediante una modificación, un procedimiento negociado sin publicidad, en sede del mismo expediente relativo al procedimiento abierto finalizado previamente. Considera ENDESA que, el procedimiento tramitado con el número de expediente AMS60-006/2022, se debería haber declarado desierto para, en su caso,



ordenar el inicio de un nuevo expediente para adjudicar el Acuerdo marco. Invoca en este punto el art. 84 LPAC.

En relación con la Cláusula Adicional incluida en el PCAP, ENDESA considera que, al fijarse como único criterio de negociación la oferta económica, siendo a su vez el único criterio de adjudicación del contrato, se vulnera el art. 169 LCSP.

Finalmente, como tercer motivo de recurso dice ENDESA, amparándose en resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que el OC debió atender su solicitud de invitación para presentar una oferta.

Por todo ello, el recurso pide que se anule y deje sin efecto la Resolución del OC y, subsidiariamente, que se ordene la retroacción del procedimiento en orden a cursar invitación a ENDESA para presentar oferta.

Cuarto. El 7 de junio de 2022, el OC informa desfavorablemente el recurso y pide su desestimación.

El Informe dice que la Recurrente parece confundir el procedimiento de contratación regulado en los arts. 116 y 117 LCSP, con el procedimiento de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas regulado en el art. 131 y siguientes de la misma Ley, de manera que el paso a utilizar un procedimiento con negociación de carácter subsidiario -en los supuestos en que al procedimiento abierto o restringido antecedente, no se hubiera presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada [caso del artículo 168, a) 1º LCSP], o bien que sólo se hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables, habiendo concurrido licitadores que hubieran presentado oferta conforme con los requisitos formales del procedimiento de contratación [caso del artículo 168, b) 2º] - se decide por el órgano de contratación dentro del procedimiento de contratación originario, el cual se modificará, precisamente, en cuanto a la determinación del pase a utilizar el procedimiento negociado sin publicidad subsidiario a emplear, bien por la causa del art. 168, a), 1º o la del 168, b), 2º, según proceda.



El OC considera que la modificación del expediente de contratación que se requiere según lo expuesto, conlleva la de su pliego de cláusulas administrativas particulares, para cumplimentar lo requerido en el art. 166.2 LCSP, en orden a determinar los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación y demás aspectos procedentes entre los señalados en el mencionado precepto. Todo ello, mediante una modificación del expediente de contratación originario, porque el órgano de contratación, que puede decidir el pase a utilizar un procedimiento negociado sin publicidad subsidiario, no se puede desentender de la prescripción fundamental de que, en el desarrollo de los procedimientos negociados sin publicidad, hay que mantener a ultranza las condiciones iniciales de la contratación originaria. Por eso, dice el Informe que no cabe la aprobación de un nuevo expediente de contratación que, por definición, establecería nuevas condiciones de contratación, aunque fueran materialmente las mismas.

El Informe razona que, en el caso, en el procedimiento abierto antecedente, no se produjo una situación objetiva de ausencia de licitadores o de ninguna oferta adecuada, supuesto en que la declaración de desierto hubiera sido procedente. Lo que ocurrió es que todas las ofertas presentadas fueron declaradas irregulares o inaceptables y en esta situación, el art. 150.3, párrafo segundo, LCSP, impide la declaración de licitación desierta cuando alguna oferta concurrente resultase admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego. Se recuerda que la Mesa de Contratación, declaró admitida la oferta del único licitador presentado IBERDROLA CLIENTES SAU. (IBERDROLA). Por eso, sigue el informe, el OC aplicó supletoriamente, el art. 84.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), debido a la imposibilidad material de continuar el procedimiento, por la causa sobrevenida de haberse presentado a la licitación solo ofertas irregulares o inaceptables, situación legalmente descrita como finalizadora del procedimiento de licitación abierto o restringido antecedente, en el art. 167. e), párrafo primero, LCSP.

Reitera el Informe que concurrían en el caso los requisitos para acudir al procedimiento negociado sin publicidad del art. 168.b).2º LCSP, al haberse producido la situación a que se refiere el art. 167.e) de que en el procedimiento abierto antecedente solo hubo ofertas irregulares o inaceptables, si bien hubo licitadores que presentaron oferta conforme con los



requisitos formales del procedimiento por lo que, al modificar el expediente, en orden a procurar el pase al procedimiento negociado sin publicidad, no se introdujo modificación alguna en las condiciones iniciales del acuerdo marco. No se incrementó el precio de licitación, ni se modificó del sistema de retribución. Se dispuso expresamente que debía cursarse invitación a participar a IBERDROLA, como única candidata en el procedimiento abierto previo que presentó oferta conforme con sus requisitos formales. Según el Informe, la regla general de promover cierta concurrencia en el procedimiento negociado sin publicidad mediante el envío de invitación escrita a negociar a un mínimo de tres empresas (art. 170.1, en concordancia con el 169.2, LCSP) cede en los casos de los arts. 168.a) 2º,c) 2º,c) 4º,d) y e), así como en el aquí concurrente del art. 168.b).2º, en los que el procedimiento se fundamenta en la predeterminación de la persona o empresa con la que únicamente se puede celebrar el contrato, por lo que la única concurrencia legalmente posible será la misma que se produjo en el procedimiento abierto o restringido antecedente, limitada a los licitadores que hubieran presentado en el mismo ofertas conformes con los requisitos formales. La participación de candidatos en la negociación del procedimiento negociado sin publicidad, por la causa del art.168. b), 2º, LCSP, queda legalmente configurada, por tanto, según el OC, como una especie de repesca, por lo que únicamente procede invitar a los licitadores concurrentes al procedimiento abierto o restringido antecedente - incurso en la situación del art. 167. e) que hubieran presentando oferta conforme con los requisitos formales del procedimiento de contratación. Añade que así lo precisa el art. 26.4, b) de la Directiva 2014/24/UE, transpuesto al artículo 168, b), 2º.

El OC, dice también el Informe no ha establecido, como aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación, ni los requisitos mínimos de la prestación correspondiente a los contratos a celebrar ulteriormente basados en el acuerdo marco, ni tampoco los criterios de adjudicación para la selección de empresas parte del acuerdo marco a celebrar, que no se negociarán y se aplicarán por el órgano de contratación exactamente igual que en el procedimiento abierto antecedente. Afirma que lo único que se ha hecho ha sido determinar la oferta económica - el precio - como único aspecto objeto de la negociación, siempre que la oferta se formule de conformidad con la cláusula 9.1 PCAP.



Finalmente, puntualiza el Informe que se encuentra en trámite, pendiente de resolución por el OC, el expediente incoado para resolver la solicitud de ENDESA, de invitación a participar en el procedimiento negociado por lo que, en relación a esa solicitud, entiende que no existe acto previo revisable mediante este recurso.

Quinto. El 7 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al restante licitador, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones.

El 9 de junio se presenta por IBERDROLA escrito de alegaciones que, en primer lugar, sostiene la falta de legitimación de ENDESA para recurrir al no haber concurrido a la licitación previa (procedimiento abierto) por lo que no tenía interés en la adjudicación, al no presentar oferta en el procedimiento que posteriormente generó la tramitación mediante procedimiento negociado sin publicidad. En este sentido, hace mención a la Resolución 962/2017 de ese Tribunal.

Se opone también IBERDROLA a los tres motivos del recurso interpuesto. Dice que la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, se basó en el art. 168.b).2º LCSP. Sostiene que el único objeto de negociación es lo indicado en la Cláusula Adicional, cuyo objetivo es que la oferta que se presente cumpla los requisitos de oferta aceptable, oferta preferente y oferta mejorable, sin que en ningún caso se haya incrementado el precio máximo de la licitación, por lo que se cumple el art. 168. b) 2º aplicable y no se vulnera el art. 169. Por último, entiende que no procede invitar a ENDESA a presentar oferta porque no la presentó en el procedimiento abierto y los arts. 168.b) 2º y 167.e) LCSP, exigen en este caso que se invite a los licitadores que hubiesen presentado oferta en el procedimiento antecedente. Añade que aunque la actual LCSP, ha suprimido el inciso del artículo 161 de la Ley 30/2007, que señalaba taxativamente “y solo a ellos”, cabe entender que al haber existido una publicidad previa del procedimiento anterior, se ha cumplido suficientemente con el principio de transparencia.

Sexto. Con fecha 15 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el



procedimiento de contratación, en relación con el Lote 1, de conformidad con lo establecido en los arts. 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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) en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE del 2 de junio).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un contrato y un acto susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1. a) y b) de la LCSP, al referirse a un Acuerdo marco para la celebración de contrato de suministro, con un valor estimado superior a 100.000,00 euros, e impugnarse un acuerdo que establece las condiciones que deben regir la contratación [artículo 44.2 a) de la LCSP].

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del art 50.1 c) de la LCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre su presentación, el 31 de mayo de 2022, y la publicación del Acuerdo impugnado en la PCSP que tuvo lugar el 10 de mayo.

Cuarto. Respecto de la legitimación de la Recurrente, ha de tenerse en cuenta que ENDESA impugna un Acuerdo que decide la tramitación por el procedimiento negociado sin publicidad del expediente para celebrar un Acuerdo marco, al haber resultado irregular o inaceptable, la única oferta que se presentó en el procedimiento abierto tramitado con anterioridad, al que no concurrió. También ha de considerarse que el OC no ha cursado oferta a ENDESA para participar en dicho procedimiento, si bien esta es una de las cuestiones que suscita la



Recurrente que entiende que debió ser invitada y dirigió al OC una petición a este respecto que no consta haya tenido respuesta.

Sentado lo anterior, en la Resolución 962/2017, de 19 de octubre, que cita la interesada IBERDROLA en sus alegaciones, inadmitimos por falta de legitimación, un recurso especial similar al presente, planteado por recurrentes que no habían participado en el procedimiento abierto que, al presentarse al mismo una única oferta inaceptable, originó la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad. En esa Resolución, dijimos:

“En la medida en que las empresas recurrentes no licitaron al lote A6 en el procedimiento abierto inicialmente tramitado (y, por tal motivo, no tendrían legitimación para recurrir la resolución adjudicación que hubiera recaído en dicho procedimiento abierto), tampoco ostentan, en puridad, legitimación para impugnar la adjudicación de un ulterior procedimiento negociado al que la Administración ha acudido por ser inaceptable o irregular la única oferta (no formulada por ninguna de ellas) que se presentó al lote A6, que se declaró desierto. Dicho de otro modo, las recurrentes no ostentan interés directo y legítimo en la adjudicación del procedimiento negociado tramitado tras quedar desierto el lote A6 en el procedimiento abierto anteriormente tramitado, pues en ningún caso podrían resultar adjudicatarias del mismo, dado que el artículo 177.1, párrafo segundo, del TRLCSP, exige que en la negociación se incluya a los licitadores que en el anterior procedimiento hubieran presentado ofertas conforme a los requisitos formales exigidos, “y sólo a ellos”.

La Resolución transcrita aplicó, por tanto, el art. 177.1 del anterior TRLCSP cuya redacción era parecida pero no igual a la del art. 168.b).2º LCSP, aplicado en este procedimiento. Así el citado art.177.1, párrafo primero, decía:

“Podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes, siempre que en la negociación se incluya a todos los licitadores que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y sólo a ellos”.



Por su parte, el art. 168.b).2º LCSP, dice que podrá acudir al procedimiento negociado sin publicidad cuando se dé la situación a que se refiere la letra e) del art. 167, esto es: *“Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables”* y añade:

“...siempre y cuando en la negociación se incluya a todos los licitadores que, en el procedimiento antecedente, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación, y siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución”.

Como manifiesta el OC, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el art. 26.4 dispone:

“Los Estados miembros establecerán asimismo que los poderes adjudicadores puedan aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo en las siguientes situaciones:

(...)

b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables. En tales situaciones, los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación”.

Por tanto, aunque el actual art. 168.b).2º LCSP, no diga ya de forma expresa que el procedimiento negociado sin publicidad, en los supuestos del art. 167.e) LCSP, exige incluir en la negociación a todos los licitadores que en el procedimiento antecedente hubiesen



presentados ofertas irregulares o inaceptables pero conforme a los requisitos formales y solo a ellos, este requisito sigue estando implícito pues sigue presente en la Directiva 2014/24.

El criterio que aquí se acoge ha sido mantenido en nuestras resoluciones nº 869/2020 y 151/2022 (esta segunda para reconocer legitimación a las recurrentes que habían presentado oferta en el procedimiento ordinario previamente tramitado).

En consecuencia, procede inadmitir el recurso contra la decisión de tramitar el procedimiento negociado sin publicidad en aplicación del motivo consignado en el art. 168.b) 2º LCSP, a quien no ha presentado oferta en el procedimiento abierto anteriormente tramitado con base en lo señalado en el artículo 5 b) de la LCSP.

Quinto. No obstante, la inadmisión acordada, debemos anticipar que ninguno de los motivos del recurso habría podido prosperar.

En primer lugar, sobre la obligación del OC de invitar a ENDESA a participar habiéndolo ésta solicitado.

Como hemos señalado, la regulación del art. 168.b.)2º en trasposición de la Directiva 2014/24/UE, supone que la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad, en los casos en que las ofertas presentadas en un procedimiento abierto previo resultan irregulares o inaceptables, se condiciona a que solo se invite a participar en la negociación a quienes participaron en el procedimiento previo.

Como antes hemos señalado al analizar la legitimación de la recurrente, una adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo 168. b) 2ª de la LCSP, supone que solo pueda invitarse a participar en el procedimiento negociado sin publicidad, a quienes anteriormente hubiesen presentado oferta conforme con los requisitos formales del procedimiento de contratación.

Con ello, la Ley solo impide que se invite a otras empresas a participar en la negociación, cuando el procedimiento se desarrolle sin publicidad. Si el órgano de contratación desea abrir la licitación subsiguiente a terceros no participantes previamente o a quienes anteriormente



hubiesen presentado oferta no conforme con los requisitos formales del procedimiento de contratación, podrá hacerlo acudiendo al procedimiento negociado con publicidad, aplicando lo dispuesto en el artículo 167 e) de la LCSP.

Esta es además la interpretación que se defiende en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de junio de 2022, al admitir que se invite a solo una empresa a participar en el procedimiento negociado sin publicidad; empresa que es la única que ha presentado una oferta inaceptable en el procedimiento abierto previo. Señala la sentencia:

En efecto, una oferta debe considerarse inadecuada cuando es «inaceptable», en el sentido del artículo 26, apartado 4, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva, que se refiere, en particular, a los procedimientos de licitación con negociación. A tenor de esta última disposición, se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación....

67 *...cuando un órgano de contratación decide dirigirse a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, que se organiza a raíz del fracaso de un procedimiento abierto o restringido y que recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones que figuraban inicialmente en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior, tal actitud sigue siendo compatible con los principios de contratación pública enunciados en el artículo 18, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24, aun cuando el objeto del contrato de que se trate no imponga objetivamente la necesidad de dirigirse a ese operador. En este contexto, el procedimiento abierto o restringido anterior, por una parte, y el procedimiento negociado sin publicación previa posterior, por otra, forman, en efecto, un conjunto indisociable, de modo que la circunstancia de que los operadores económicos potencialmente interesados en dicho mercado tuvieron la oportunidad de manifestarse y de competir entre sí no puede ignorarse.*

68 *En estas circunstancias, los operadores económicos que no hayan actuado de manera diligente al no presentar una oferta adecuada en un procedimiento abierto o restringido no*



pueden obligar al órgano de contratación, en el marco del procedimiento negociado sin publicación previa ulterior, a negociar con ellos. En efecto, tenían la posibilidad de presentar una oferta en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior y, por tanto, de beneficiarse plenamente en el marco de dicho procedimiento de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Sexto. Sobre la concurrencia del presupuesto de hecho para la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.

La definición de qué ha de entenderse por ofertas irregulares o inaceptables en el procedimiento anterior, para poder acudir al procedimiento negociado con o sin publicidad, se establece en el artículo 167 e) de la LCSP. Entre ellas se incluye expresamente *las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal y como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación.*

En el caso que nos ocupa, el OC optó por tramitar el procedimiento negociado sin publicidad al amparo del art. 168.b) 2º LCSP, concurriendo por tanto el presupuesto para ello, dado que la oferta presentada por la única licitadora en la licitación previa, de la cual esta trae causa, había sido declarada inaceptable, al rebasar el precio el presupuesto determinado en los pliegos. Acto que ha devenido firme al no haber sido recurrido en tiempo y forma.

Atendido lo anterior, es conforme a derecho acudir al procedimiento negociado sin publicidad. Si bien, al hacerlo así, el órgano de contratación tiene que respetar los límites que se establecen en el artículo 168.b) 2º de la LCSP, entre el cual se incluye invitar solo a las empresas que hayan presentado oferta irregular o inaceptable.

Atendido lo anterior, la alegación según la cual el Expediente AMS60-006/2022, se debería haber declarado desierto, la Recurrente no justifica qué trascendencia tendría que en lugar de declararse terminado el procedimiento por imposibilidad de continuarlo, como hizo el Acuerdo de 4 de mayo de 2022, se hubiese declarado. Máxime, cuando el supuesto de hecho para la declaración de desierto, al que alude, permite igualmente acudir al procedimiento negociado sin publicidad ex art. 168 LCSP [apartado a).1º].



Por todo ello, no cuestionándose la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad ni, por tanto, la continuidad del proceso para la contratación del Acuerdo marco y siendo conforme a derecho la base jurídica (artículo 168.b 2º de la LCSP) para acudir al mismo conforme hemos señalado, la alegación resulta puramente formal, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Séptimo. Por último, la recurrente afirma que, al haberse fijado como único criterio de negociación la oferta económica, siendo a su vez el único criterio de adjudicación del contrato, se habría vulnera el art. 169.5 LCSP, en cuanto impide que la negociación verse sobre los criterios de adjudicación.

Sin embargo, una cosa es que estos criterios no se puedan variar o suprimir al negociar y otra cosa es que, siendo uno de ellos el precio, su importe no pueda ser negociado, siempre que se respete el límite del artículo 168 b) 2º de la LCSP: no incrementar el precio del procedimiento previo ni modificar el sistema de retribución.

En este sentido ya nos hemos pronunciado en Resoluciones como la nº 50/2011, de 24 de febrero y la nº 69/2016, de 29 de enero, en las que hemos admitido la posibilidad de que el precio sea el único elemento sobre el que verse la negociación.

Finamente, debemos hacernos eco de la sentencia del TJUE anteriormente citada, cuyo pfo. 69 establece como límite para acudir al procedimiento negociado sin publicidad que el precio de este, no exceda del valor estimado del previamente licitado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. M.P.P, en representación de ENDESA ENERGÍA S.A. contra acuerdo de modificación del Expediente AMS60-006/2022 para la contratación del *“Acuerdo Marco de suministro de energía eléctrica con garantía de origen*



100 por 100 renovable a gestionar por la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Alicante”, en su Lote 1: “Suministro eléctrico mercado libre. Tipo contractable tarifa fija/variable/origen renovable”.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del 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 multa 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 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