



Recurso nº 1299/2023 C.A. La Rioja 37/2023

Resolución nº 1409/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.N.A., en representación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. contra el acuerdo del Secretario General Técnico de 29 de agosto 2023, de adjudicación del procedimiento “*Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica y gas natural con destino al sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja*”, con expediente 12-3-6.01-0020/2023, en relación con los lotes 1, 2 y 3, convocado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 15 de junio de 2023, el Órgano de Contratación aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco, que tiene por objeto la adjudicación de cinco lotes para el suministro de energía eléctrica y gas natural, con destino al Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

En fecha 20 de junio de 2023, fue publicado el anuncio de licitación del Acuerdo Marco, tanto en la Plataforma de Contratación del Sector Público como en el Diario Oficial de la Unión Europea, para la adjudicación de los Lotes.

Segundo. En el referido procedimiento de licitación participaron las siguientes empresas: (i) GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.; (ii) NEXUS ENERGÍA, S.A.; (iii) ENDESA; e (iv) IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.



En fecha 21 de julio de 2023, se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre “B” (i.e., documentación relativa a los criterios evaluables automáticamente), procediéndose a la lectura de las ofertas económicas de las empresas licitadoras. A raíz de los resultados apreciados, la mesa acordó proponer al Órgano de Contratación la adjudicación del Acuerdo Marco como sigue: (i) los lotes 1, 2 y 3 a IBERDROLA CLIENTES, S.A.U; y (ii) los Lotes 4 y 5 a GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A

Tercero. En fecha 29 de agosto de 2023, el Órgano de Contratación, sobre la base de la propuesta de adjudicación emitida por la mesa de contratación, acordó la adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 del Acuerdo Marco a IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.

Cuarto. En fecha 19 de septiembre de 2023 se interpone por la mercantil ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA) recurso especial en materia de contratación contra el mencionado acuerdo de adjudicación alegando, en síntesis, que la proposición económica formulada por IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. (en adelante IBERDROLA) no es conforme a Derecho, pues a su juicio supone una modificación del sistema de facturación y determinación del precio de la energía, configurado en los pliegos mediante la modalidad de un precio variable indexado al Operador del Mercado Ibérico de Energía (OMIE en adelante), al convertirlo en la práctica en una modalidad de precio fijo. Y ello por cuanto oferta, para uno de los valores a emplear para calcular el precio (el valor Bi) un precio de cero euros. Invoca como fundamento la Resolución del Recurso nº 944/2017, de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, se opone al recurso y solicita la desestimación del mismo. Afirma que los pliegos no han sido impugnados y vinculan a las partes, de suerte que se ha procedido a una estricta aplicación de la fórmula contenida en aquéllos. Concluye señalando que la oferta de IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. atribuye mayor puntuación a la oferta más económica y es coherente con los resultados buscados en la licitación, permitiendo adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.



Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. Éstas se han presentado por IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. Dicha mercantil, solicita la desestimación del recurso interpuesto, partiendo igualmente del carácter vinculante de los pliegos y afirmando que su oferta resulta económicamente la más ventajosa.

Séptimo. Interpuesto el recurso, se solicitó en aquél la adopción de medida cautelar. El 27 de septiembre de 2023, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución acordando mantener la suspensión de los lotes 1, 2 y 3 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 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 adelante), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

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 46.2 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

Segundo. Tratándose de un acuerdo marco para la contratación de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 €, la adjudicación es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44, apartados 1 a) y 2 a), de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) LCSP.



Cuarto. El recurso, se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *“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”*.

Siendo el recurrente licitador, y habiendo sido clasificado en segundo lugar, ostenta legitimación para la interposición del presente recurso con respecto a los lotes nº1,2 y 3.

Quinto. En relación con la cuestión controvertida, la recurrente considera que es contraria a derecho la resolución de adjudicación de los lotes nº 1, 2 y 3, porque la proposición económica formulada por la empresa adjudicataria IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. supone, a su juicio, una modificación del sistema de facturación y determinación del precio de la energía configurado en los pliegos mediante la modalidad de un precio variable indexado a OMIE. Afirma ENDESA que con su oferta la adjudicataria lo convierte en la práctica en una modalidad a precio fijo, ya que lo que pedía el pliego era ofertar un precio para los componentes Ai y Bi. IBERDROLA ofertó cero euros para el componente Bi, desvirtuando con ello, según lo alegado por el recurrente, el sistema de determinación del precio de la energía, al modificar el modelo de precio indexado a OMIE convirtiéndolo en una modalidad de precio fijo.

Pues bien, al respecto debemos partir del tenor de los pliegos para trasladar aquéllos al fondo de la cuestión, si bien existe conformidad entre todas las partes intervinientes con respecto al tenor de aquéllos y en relación con la fórmula matemática de aplicación.

La oferta económica se encuentra regulada en la cláusula 13.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que dispone lo siguiente:

“Suministro de energía eléctrica (lotes 1, 2 y 3)

Las ofertas económicas se referirán únicamente al precio del kWh del TÉRMINO DE ENERGÍA ACTIVA, en función de los periodos tarifarios que determinen las tarifas de acceso, a los precios indexados que resulten por aplicación de la fórmula citada en la



cláusula 11 de este Pliego y conforme el modelo de proposición económica contenida en el Anexo 8.

Para ello el licitador deberá rellenar en cada lote al que se presente, conforme el modelo de proposición económica contenida en el Anexo 8, los campos correspondientes a los coeficientes A_i y B_i de cada periodo tarifario”.

Y a su vez, la fórmula del término de energía activa (E_i) (que es la misma para los tres lotes) es la siguiente:

“Tercero. - Que me comprometo a ejecutar la prestación a la que concursa (LOTE 1) a los precios indexados que resulten de aplicación de la siguiente fórmula sobre el término de energía activa: ...

..... Donde el valor E_i se obtiene aplicando: $E_i = A_i + B_i \times OMIE_i$

Siendo

E_i (Energía) = Importe correspondiente al consumo, en céntimos €/kWh, redondeado a seis decimales. Consiste en un precio binómico compuesto por una parte fija A y un coeficiente B que se aplica al precio medio aritmético mensual del mercado eléctrico en el período tarifario “ i ” correspondiente según el OMIE (Operador del Mercado Ibérico de Energía).

A_i = Componente fijo del precio binómico para cada período tarifario “ i ” correspondiente en céntimos €/kWh, redondeado a seis decimales. Este término incluye además de los peajes y cargos regulados del término de energía los conceptos de Pagos por Capacidad, Restricciones, Procesos de Operación del Sistema, Coste de Interrumpibilidad, pagos al Operador del Mercado y al Operador del Sistema, Fondo Nacional Eficiencia Energética, Costes de Gestión y la parte proporcional de las pérdidas.

B_i = Coeficiente que recoge los conceptos de pérdidas en la red en cada período tarifario “ i ” correspondiente, redondeado a seis decimales.



OMIEi = Media aritmética mensual de los precios horarios del OMIE en cada periodo tarifario "i" correspondiente, publicados en la página del Operador del Mercado Ibérico - Polo Español, S.A. www.omie.es, en céntimos €/kWh.

..... A los solos efectos de valoración de ofertas, se establece OMIEi en 13,5949 céntimos €/kWh".

Y lo controvertido es que para Bi la oferta de IBERDROLA es de cero euros, lo que determina que económicamente sea más ventajosa que la de ENDESA.

Por otra parte, debemos descartar, como señalan tanto IBERDROLA como el órgano de contratación, que la Resolución de este TACRC que invoca ENDESA en su escrito de recurso sea aplicable a las presentes actuaciones, por cuanto el criterio de valoración controvertido en dicho asunto no incluía todos los conceptos que sí se incluían en los pliegos administrativos, lo que suponía que se llegaban a resultados contrarios a la LCSP ya que obtenían mayor puntuación en los criterios de adjudicación ofertas menos ventajosas para la administración contratante. Es evidente que no es el caso en el asunto que nos ocupa.

Pasemos por tanto al examen detallado de la cuestión planteada.

Sexto. Sentada la base fáctica sobre la que debemos centrar el análisis, procede a continuación exponer la doctrina de este Tribunal en relación con las ofertas formuladas en fraude de ley.

Dijimos ya en nuestra Resolución 1249/2020 de 20 de noviembre que:

"(...) la admisibilidad o no de precios cero o casi cero depende, en cada caso, de que se trate realmente de precios diferenciados de prestaciones distintas del contrato licitado o de componentes o costes de un único precio de una sola prestación objeto del contrato. En este último caso, salvo que lo prohíba el PCAP, se viene admitiendo, salvo excepción en función de las circunstancias del caso, la formulación en la oferta de uno o varios componentes o costes diferenciados de la prestación única a importe cero o casi cero, pues, en definitiva, van a determinar un precio único real y efectivo, y solo son costes del



precio único. No ocurre lo mismo cuando el objeto del contrato licitado se integra por prestaciones distintas a cada una de las cuales, por determinación del PCAP, se ha de ofertar un precio que es objeto de valoración y asignación de puntos diferenciadas de los otros, supuestos en los que las ofertas de los distintos precios se presta a maniobras contrarias a la buena fe, concurrencia e igualdad entre licitadores en el procedimiento, y pueden dirigirse a finalidades en fraude de ley, distorsionando el sistema de valoración de las ofertas y la correcta aplicación de los criterios objetivos dirigidos a determinar la oferta económicamente más ventajosa, en cuanto que, en los casos de precio cero o casi cero o irrisorios, podrían valorarse las ofertas mediante el criterio mejor precio respecto de unos precios ficticios vaciados de contenido, no porque no existan costes en la ejecución de la prestación, sino porque los costes correspondientes se han trasladado a la oferta de precio de otra u otras prestaciones en la que compensa, a efectos de valoración, obtener menos puntos al ser mayor la diferencia a su favor por los que se obtienen de más indebidamente en la oferta de la prestación con precios cero o irrisorios o ficticios".

Con cita de la Resolución trascrita, en nuestra Resolución 25/2022 de 14 de enero, concluimos que, como normal general, el fraude de ley no se da en contratos cuyo objeto esté constituido por una sola prestación. En estos casos, ciertamente, el licitador aprovecha una debilidad en la configuración de los criterios de adjudicación, pero no lo hace presentando una oferta irreal. Esta posibilidad únicamente puede darse cuando existen varias prestaciones y el licitador aprovecha la conformación de los criterios de valoración para, mediante la traslación de costes de una prestación a otra u otras de las que conforman el objeto del contrato, convertir uno o varios de tales criterios, en principio definidos como de valoración proporcional, en sustancialmente binarios.

De lo expuesto cabe concluir (en línea con nuestra Resolución 1649/2022, de 29 de diciembre) que la eventual concurrencia de ofertas en fraude de ley exige, como presupuesto previo, la pluralidad de prestaciones y la existencia de criterios de adjudicación que las valoren por separado. Estaremos ante prestaciones diferentes cuando requieran una aportación específica de factores para producirse. La oferta realizada en fraude de ley toma el coste de esos factores, en su totalidad o en una proporción sustancial, y los traslada a otra de las prestaciones, con el único objeto de alterar la lógica de la licitación, trastocando la finalidad de uno o varios criterios de adjudicación (que, no se olvide,



pretenden la contratación del licitador que ofrezca la mejor oferta, en su conjunto, y en términos de calidad-precio).

Descendiendo ya al caso que nos ocupa, y trasladando la doctrina de aplicación al mismo, no podemos en consecuencia sino desestimar el recurso. Existe acuerdo entre las partes de que el contrato no se adjudica a cero, sino por un precio en concreto por KW, como también existe acuerdo en que el contrato tiene por objeto el suministro de energía y que ésta se ofrece a mejor precio por IBERDROLA. Y todo ello en el marco de unos pliegos que no han sido impugnados por las partes y que por tanto vinculan a ambas.

El objeto del contrato, común en los lotes cuya adjudicación se recurre, está constituido por una sola prestación (el suministro de energía eléctrica) cuyo precio viene determinado por varios factores contemplados, según hemos dicho, en el PCAP, y sobre cuyos valores específicos los licitadores deben formular sus ofertas. En el caso que nos ocupa el adjudicatario, efectivamente, ofrece para uno de los factores contemplados (el coeficiente que recoge los conceptos de pérdidas en la red en cada período tarifario) un valor 0. En definitiva, asume los costes derivados de las pérdidas de la red o, por expresarlo, en otros términos, subsume dichos costes en la retribución global ofrecida según la fórmula establecida en el PCAP para la determinación del precio. Lo cual no supone fraude de ley, en cuanto no supone traslación de costes entre prestaciones con el objeto de manipular la naturaleza de un criterio de valoración.

Lo anterior llevaría consigo la desestimación del recurso interpuesto.

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 interpuesto por D. J.N.A., en representación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. contra el acuerdo del Secretario General Técnico de 29 de agosto 2023, de adjudicación del procedimiento “*Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica y gas natural con destino al sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja*”, con



expediente 12-3-6.01-0020/2023, en relación con los lotes 1, 2 y 3, convocado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

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 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 Rioja, 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES