

**Recurso 50/2017****Resolución 71/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 6 de abril de marzo de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra el Acuerdo, de 8 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Carmona por el que se adjudica el contrato denominado “Suministro eléctrico a todas las instalaciones y dependencias del Excmo. Ayuntamiento de Carmona” (Expte. 16-15), convocado por el Ayuntamiento de Carmona (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 13 de julio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, siendo objeto de rectificación en el mismo los días 19 de julio y 25 de agosto de 2016. El citado anuncio también fue publicado, el 7 de septiembre de 2016, en el Boletín Oficial del Estado núm. 216.



El valor estimado del contrato asciende a 2.644.628,12 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta Acuerdo, de 8 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Carmona por el que se adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad AURA ENERGÍA, S.L. (en adelante AURA ENERGÍA). Dicho acuerdo de adjudicación fue remitido el 16 de febrero de 2017 mediante correo electrónico a la entidad ahora recurrente.

**CUARTO.** El 2 de marzo de 2017 tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENDESA ENERGÍA S.A.U. (en adelante ENDESA ENERGÍA) contra el citado acuerdo de adjudicación de 8 de febrero de 2017.

Posteriormente, el 20 de marzo de 2017 tiene entrada en este Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el escrito de interposición del recurso, el informe al mismo y el expediente de contratación.

Asimismo, el órgano de contratación remite documentación acreditativa de haber dado traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones



que estimaran oportunas.

Por último, previa petición, el 22 de marzo de 2017 el órgano de contratación remite a este Tribunal el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones

**QUINTO.** Con fecha 23 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*



Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquellos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Carmona comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, ni ha solicitado la asistencia de la Diputación Provincial, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del*



*siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”.*

El acuerdo de adjudicación impugnado fue remitido a la ahora recurrente mediante correo electrónico el 16 de febrero de 2017, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso el 2 de marzo de 2017 en el Registro del órgano de contratación el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

**QUINTO.** Con carácter previo al examen de los motivos en los que el recurso se sustenta, procede analizar la actuación realizada por el órgano de contratación de dar traslado del recurso al resto de licitadoras para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas.

Al respecto, el artículo 46 del TRLCSP, nominado “Tramitación del procedimiento”, dispone en sus apartados segundo y tercero que “*2. Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.*

*Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, éste deberá remitirlo al órgano encargado de resolverlo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.*

*3. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados (...).”*

De la interpretación conjunta de ambos apartados queda claro que quien ha de dar traslado del recurso al resto de licitadoras es el órgano encargado de resolverlo, en este caso este Tribunal, y no el órgano de contratación.



**SEXTO.** Seguidamente procede analizar los motivos en los que el recurso se sustenta.

En el escrito de recurso, la recurrente solicita que con estimación del mismo se anule el acuerdo de adjudicación, procediéndose a una nueva valoración de las ofertas de conformidad con los criterios fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y en consecuencia, se efectúe una nueva propuesta de adjudicación.

Combate la recurrente el informe técnico de valoración de las ofertas y el acuerdo de adjudicación que se basa en aquel pues, a su juicio, adolece de errores sustanciales e irregularidades que vician de nulidad el procedimiento, fundando su pretensión en una serie de argumentos, relacionados con los criterios de adjudicación, que serán analizados en este y en los posteriores fundamentos de derecho.

Así pues, con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de los criterios de adjudicación recogidos en el PCAP. Dice así la cláusula décima “Criterios de adjudicación” del PCAP:

*“La valoración de las ofertas se realizará en conformidad a la documentación presentada y se regulará en base a una puntuación total de 100 puntos.*

*La adjudicación del contrato se resolverá mediante valoración ponderada de los siguientes criterios:*

*Primero: Oferta económica. (Puntuación máxima: 70 puntos)*

*Se otorgarán 70 puntos a la oferta que presenta la mayor baja, excluyendo a las que presenten baja temeraria, entendiéndose por baja temeraria aquellas que excedan del 20% del precio del contrato.*

*Segundo: Estudio de adecuación de tarifas (Puntuación máxima: 10 puntos):*



*Se otorgarán 10 puntos para quien presente un estudio total de los consumos de todos los puntos de suministro y a las demás de forma proporcional con respecto a la oferta más ventajosa.*

*Tercero: Suministro e instalación del mayor número de sistemas de ahorro de energía, (luminarias con leds, reductores de flujo o batería de condensadores), valorados económicamente. (Puntuación máxima: 20 puntos)*

*Suministro e instalación del mayor número de sistemas de ahorro de energía, (luminarias con leds, reductores de flujo o batería de condensadores), valorados económicamente. Se otorgarán los 20 puntos a la oferta que tenga un mayor valor económico de los sistemas de ahorro de energía propuestos y a las demás de forma proporcional con respecto a la oferta más ventajosa.”*

En el primero de los motivos del recurso, la recurrente denuncia errores sustanciales en las ofertas económicas presentadas. Afirma que los requisitos y condiciones exigidos para cumplimentar la oferta económica objeto de valoración, vienen establecidos en la cláusula 5.1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), en el que se indica de forma clara que se deberán especificar los precios en cada una de las tarifas de acceso que actualmente tienen el Ayuntamiento contratadas y para cada periodo tarifario.

A su juicio, se han admitido las ofertas de GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. (en adelante GAS NATURAL) y ENERPLUS ENERGÍA, S.A. (en adelante ENERPLUS ENERGÍA) que no cumplen los requisitos fijados en los pliegos al presentar errores no susceptibles de subsanación; en concreto la primera no oferta la tarifa 3.1A y la segunda en su oferta económica únicamente incluye el importe total sin desglosar los precios unitarios por cada tarifa y periodo.

Señala la recurrente que en este supuesto, los pliegos exigían que se ofertasen precios para cada una de las tarifas que tenía contratadas el Ayuntamiento en el momento de la licitación y para cada periodo tarifario, no habiéndolo hecho las citadas empresas, y aun así el Ayuntamiento de Carmona no solo las ha admitido sino que no ha dicho nada al respecto.



Concluye la recurrente que la admisión de las ofertas que no cumplieran las condiciones previstas en los pliegos, en los términos indicados anteriormente, incide directamente en la puntuación otorgada por la mesa de contratación a las licitadoras, causando un perjuicio a ENDESA ENERGÍA, ya que de no haber sido admitidas dichas ofertas, su puntuación hubiera sido superior.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, suscrito por técnico municipal, no se pronuncia con respecto a este primer motivo alegado por la recurrente.

Vistas las alegaciones procede analizar el fondo de la controversia suscitada en este primer motivo del recurso.

Al respecto, la cláusula 5.1 del PPT establece los requisitos que debe contener la oferta económica. Dice así: *“La propuesta económica se presentará bajo la modalidad binómica, especificando el Término de Potencia y el Término de Energía ofertados en todos y cada uno de los períodos aplicables a cada suministro, según las tarifas de acceso definidas en el Real Decreto 1164/2001, de 26 de diciembre, por el que se establecen las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, y sus modificaciones actualmente vigentes.*

*El precio del Término de Energía, en cada una de las tarifas de acceso y para cada periodo, según las tarifas vigentes en el momento de la preparación de la oferta; (I.V.A. e Impuesto sobre la Electricidad excluidos).*

*El precio del Término de Potencia reflejará, exclusivamente, las tarifas de acceso vigentes en el momento de la preparación de la oferta (I.V.A. e Impuesto sobre la Electricidad excluidos).*

(...).”

Por su parte, el primer inciso de la cláusula 4 del PPT dispone que *“Las características concretas de los suministros actuales son las que se indican en*



*el Anexo de este Pliego. Se incluye de cada contrato, entre otra información, el CUPS, la tarifa de acceso aplicada, la potencia contratada actualmente y los datos de consumo.”*

Conforme a las dos cláusulas anteriores y al citado anexo del PPT, las distintas ofertas económicas de las licitadoras deben contener los siguientes tarifas, tanto para el término de energía como para el de potencia y para los distintos periodos: 2.0A, 2.0DHA, 2.1A, 2.1DHA, 3.0A y 3.1A.

Pues bien, de lo recogido en el informe técnico de valoración de las ofertas y del contenido de ellas al que ha tenido acceso este Tribunal se infiere que, como alega la recurrente en su recurso, la propuesta de GAS NATURAL no contiene la tarifa 3.1A ni para el término de potencia ni para el de energía y la de ENERPLUS ENERGÍA no contiene desglose de ninguna de las tarifas ni para el término de potencia ni para el de energía, únicamente incluye el importe total ofertado, por lo que por parte de ambas licitadoras se produce un claro incumplimiento del PPT al no incluir su oferta todos y cada uno de los requisitos que se exigían para la confección de la oferta económica.

En definitiva, resulta evidente que, en efecto, las entidades GAS NATURAL y ENERPLUS ENERGÍA no han cumplido las exigencias del PPT para la confección de su oferta económica por lo que su proposición debió haber sido rechazada por el órgano de contratación. Por el contrario, en ambos casos, el órgano de contratación no solo no procedió a su exclusión sino que valoró las mismas y en el caso de GAS NATURAL, cumplimentó su oferta económica mediante una estimación de lo que podría haber ofertado dicha entidad para la tarifa 3.1A, según consta en el informe técnico de valoración de las ofertas.

Sobre este particular, este Tribunal ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre y 45/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las



partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que los pliegos no se impugnaron en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

En este sentido, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su reciente Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO (entidad contratante) no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)”*.

Procede, pues, estimar este primer alegato de la recurrente en el que denuncia errores sustanciales en las ofertas económicas presentadas por las entidades GAS NATURAL y ENERPLUS ENERGÍA.



**SÉPTIMO.** En el segundo de los motivos del recurso, la recurrente denuncia que se han admitido determinadas ofertas económicas incursas inicialmente en baja anormal o desproporcionada. Afirma que el hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no supone la exclusión automática de la licitación, pero sí determina la necesidad de que la licitadora deba justificar la viabilidad económica de su proposición, circunstancia que no ha acontecido en el presente supuesto.

Señala que, a su entender, la ofertas económicas de las licitadoras IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. (en adelante IBERDROLA), AURA ENERGÍA y GAS NATURAL están incursas inicialmente en baja anormal o desproporcionada pues se sitúan por debajo del 20% del presupuesto de licitación, sin que se le haya requerido por el órgano de contratación que justifiquen la viabilidad de las mismas.

Concluye la recurrente que la admisión de las ofertas que no cumplían las condiciones previstas en los pliegos, en los términos indicados anteriormente, incide directamente en la puntuación otorgada por la mesa de contratación a los licitadores, causando un perjuicio a ENDESA ENERGÍA, ya que de no haber sido admitidas dichas ofertas, su puntuación debería de haber variado.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma, con respecto a este segundo motivo, que no existe baja anormal o desproporcionada, puesto que las tarifas propuestas por AURA ENERGÍA, S.L. eran las mismas que estaban publicadas en la página web de la citada empresa en el momento de la presentación de las ofertas y por ello no se pidió aclaración de las mismas.

Vistas las alegaciones procede analizar el fondo del asunto suscitado en este segundo motivo del recurso.



Al respecto, en cuanto a la viabilidad económica de una oferta y su posible consideración como anormal o desproporcionada, ya ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones este Tribunal, entre otras muchas en sus Resoluciones 15/2016, de 28 de enero y 202/2016, de 9 de septiembre.

En esta última se señala lo siguiente: *“En igual sentido, los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación vienen considerando que cuando para la adjudicación se consideren varios criterios, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja exige que el pliego haya establecido los criterios para apreciar que la oferta podría ser anormal o desproporcionada, por lo que si los pliegos no indican los parámetros objetivos en función de los cuales se medirá que la proposición no puede ser cumplida por considerar que contiene valores anormales o desproporcionados, o si habiéndose indicado en los pliegos dichos parámetros objetivos, una vez aplicados los mismos, la proposición no está incurso en valores anormales o desproporcionados, no procede, en ambos casos, la obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 y 4 del TRLCSP para determinar la viabilidad de la oferta.*

*Así pues, la ausencia de parámetros objetivos en los pliegos para considerar, en su caso, una oferta anormal o desproporcionada, por un lado, y por otro lado, la determinación de que una oferta no es anormal o desproporcionada cuando cumple con los parámetros objetivos previstos en los pliegos para su apreciación, no pueden considerarse una infracción del procedimiento de contratación que deba suplirse con la aplicación supletoria de la normativa contractual, por lo que hay que entender, en un caso, que no hay voluntad del órgano de contratación de establecerlos, y en otro caso, que la oferta cumple lo previsto para ello en los pliegos, por lo que no existe en consecuencia obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a fin de determinar su viabilidad.”*



Así pues, el artículo 152 del TRLCSP, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, como es el caso, dispone en su apartado 2 que debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen o no en los pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como anormal o desproporcionada.

En efecto, cuando para la adjudicación se consideren varios criterios, como es el caso, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja exige que el pliego haya establecido de forma clara los parámetros objetivos para apreciar que la oferta podría ser anormal o desproporcionada, por lo que si los pliegos no los indican no procede la obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 y 4 del TRLCSP para determinar la viabilidad de la oferta.

En el supuesto examinado, el PCAP sí establece parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, y ello, conforme a la dicción del antes transcrito apartado primero de la cláusula décima -criterios de adjudicación- del PCAP que dispone en lo que aquí interesa que “(...) *entendiendo por baja temeraria aquellas [bajas] que excedan del 20% del precio del contrato*”, que es la utilizada por la recurrente para fundamentar su alegato.

Así pues, la existencia de parámetros objetivos en los pliegos para considerar, en su caso, una oferta anormal o desproporcionada, supone que hay voluntad del órgano de contratación de establecerlos, por lo que existe en consecuencia obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a fin de determinar su



viabilidad, en el supuesto de que se cumplan dichos parámetros por las ofertas de las distintas licitadoras.

Lo contrario, esto es, que el órgano de contratación no aplique los parámetros objetivos para poder apreciar, en su caso, la necesidad de solicitar la viabilidad de una oferta y su exclusión, si no se justifica adecuadamente, cuando existen parámetros objetivos en los pliegos para considerarla anormal o desproporcionada, supondría dejar a la arbitrariedad del órgano de contratación la oportunidad de apreciar la viabilidad de una oferta, con quiebra de los más elementales principios de la contratación administrativa, fundamentalmente los de libre competencia y de igualdad de trato entre las licitadoras, así como la obligación de transparencia de los procedimientos.

Teniendo en cuenta que el presupuesto de licitación del contrato en el supuesto examinado es de 1.322.314,06 euros -IVA excluido-, se considerarán en principio anormales o desproporcionadas aquellas ofertas económicas que por aplicación del citado apartado primero de la cláusula décima del PCAP se sitúen por debajo de 1.057.851,248 euros (528.925,624 euros anuales).

Por ello, conforme a las distintas proposiciones presentadas y que constan en el expediente de contratación al que ha tenido acceso este Tribunal, las ofertas económicas -IVA excluido- de las empresas alegadas por la recurrente IBERDROLA (513.259,07 euros anuales) y AURA ENERGÍA (500.861,50 euros anuales), se encuentran inicialmente incursas en baja anormal o desproporcionada, no así la entidad GAS NATURAL (629.255,00 euros anuales).

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que las empresas IBERDROLA y AURA ENERGÍA únicamente han presentado su oferta por precios unitarios -IBERDROLA según consta en su oferta sin la energía reactiva y el resto de conceptos de facturación no incluidos (como por ejemplo el alquiler de medida), así como el impuesto eléctrico y AURA ENERGÍA sin el impuesto eléctrico-, por



lo que este Tribunal para el cálculo de la oferta de cada entidad ha tomado los datos calculados en el informe técnico de valoración de las ofertas, que parte de la oferta económica unitaria.

Sin embargo, de la entidad GAS NATURAL se ha tomado como oferta económica anual la recogida en su proposición; de haberse tomado como dato de la misma el cálculo realizado en el citado informe técnico sería de 518.810,86 euros anuales y, por ello, incursa inicialmente en valores anormales o desproporcionados. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que como se ha analizado en el primer motivo del recurso la oferta de la entidad GAS NATURAL debió haber sido excluida del procedimiento de licitación.

En definitiva, habiendo ofertas inicialmente incursas en valores anormales o desproporcionados, el órgano de contratación ha procedido a la admisión de las mismas, sin haber tramitado el procedimiento contradictorio a fin de determinar su viabilidad, al que le obliga el mencionado artículo 152 del TRLCSP, con quiebra de los más elementales principios de la contratación administrativa, fundamentalmente los de libre competencia y de igualdad de trato entre las licitadoras, así como la obligación de transparencia de los procedimientos.

No puede admitirse la alegación del órgano de contratación de que en el caso de AURA ENERGÍA no existe baja anormal o desproporcionada puesto que las tarifas que ha propuesto en su oferta eran las mismas que estaban publicadas en la página web de la citada empresa en el momento de la presentación de las ofertas y por ello no se pidió aclaración de las mismas, pues como se ha expuesto anteriormente cuando el órgano de contratación en los pliegos define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los mismos.



En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, procede estimar este segundo alegato de la recurrente en el que denuncia que se han admitido determinadas ofertas económicas incursas inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

**OCTAVO.** En el tercero de los motivos del recurso, la recurrente denuncia la valoración efectuada por el órgano de contratación en el informe técnico en el segundo de los criterios de adjudicación “Estudio de adecuación de tarifas”.

A su juicio, en dicho criterio de adjudicación se hace referencia a la obtención de ahorros o beneficios procedentes de asesoría tarifaria, por lo que entiende que es fundamental el cuantificar en la oferta técnica el ahorro total obtenido en euros, debiendo la mesa de contratación justificar la puntuación otorgada a cada licitadora en base a dicho ahorro económico, pues aunque se trate de un criterio que depende de un juicio de valor, su justificación debe ser medible y apreciable de algún modo.

Señala que este estudio completo solo ha sido presentado en su oferta, limitándose el resto de empresas como mucho a un mero compromiso a realizarlo o a comentar de forma estándar para reducir costes energéticos el hecho de poner baterías de condensadores, alumbrado moderno de led, etc., por lo que, a su entender, solo procede adjudicar 10 puntos a su oferta.

Por último, afirma que en ese sentido aunque reconoce y acepta los límites del control respecto de las cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, entiende que dicha valoración debe ser en todo caso motivada, toda vez que el criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es precisamente su motivación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso no se pronuncia con respecto a este tercer motivo alegado por la recurrente.



Vistas las alegaciones procede analizar el fondo de este tercer alegato del recurso.

Al respecto, procede reiterar el contenido del segundo de los criterios de adjudicación. Dice así:

*“Segundo: Estudio de adecuación de tarifas (Puntuación máxima: 10 puntos):*

*Se otorgarán 10 puntos para quien presente un estudio total de los consumos de todos los puntos de suministro y a las demás de forma proporcional con respecto a la oferta más ventajosa.”*

Del contenido del criterio expuesto se infiere en lo que aquí interesa que se trata de un criterio de adjudicación evaluable mediante un juicio de valor y que requiere que se presente por las licitadoras un estudio total de los consumos de todos los suministros para que se les otorgue la máxima puntuación -10 puntos-, puntuándose el resto de forma proporcional (ha de entenderse a la baja aun cuando el pliego no lo dice) respecto a la mejor oferta (a la más ventajosa en terminología del pliego).

Por otro lado, el informe técnico de valoración de las ofertas con respecto a este criterio de adjudicación recoge en la página 11 la siguiente leyenda “Compromiso de realizar un estudio de las tarifas” y en la página 12, en una tabla resumen dentro de la columna “Estudio”, un “Si” para todas las ofertas presentadas y una puntuación para todas ellas de 10 puntos -máxima puntuación a otorgar en este criterio-. Por ello, ha de entenderse que según el informe técnico solo es necesario para obtener la máxima puntuación aportar un compromiso de realizar un estudio de las tarifas.

En este sentido, se comprueba por este Tribunal en el expediente de contratación remitido, incluyendo las ofertas de las licitadoras, que cuatro de ellas aportan determinados compromisos, GAS NATURAL en cuanto a la optimización de potencia contratada, AURA ENERGÍA a realizar un estudio de



adecuación de tarifas en caso de resultar adjudicataria, IBERDROLA a realizar durante la vigencia del contrato la adecuación de las potencias contratadas y PULSAR SERVICIOS ENERGÉTICOS S.L. a realizar determinado análisis de los datos contenidos en el anexo I del PPT de propuesta de reducción de potencia contratada y otras medidas de ahorro. La entidad ENERPLUS ENERGÍA no hace en su oferta referencia alguna al estudio de adecuación de tarifas y, por último, ENDESA ENERGÍA en su propuesta -apartado 6.1- ofrece un asesoramiento personalizado en la optimización de las facturas en aspectos que indica; asimismo manifiesta adjuntar en “pen-drive” estudio de optimización de potencias y de compensación de energía reactiva realizado sobre los suministros del Ayuntamiento de Carmona, resultando según manifiesta un determinado ahorro económico.

Así pues, se constata que lo que efectivamente ha valorado el órgano de contratación es el compromiso de realizar un estudio de las tarifas y no el estudio en sí, tal y como exige la redacción del criterio.

Hemos de volver a reproducir lo argumentado en los dos alegatos ya analizados, en el sentido de que cuando el órgano de contratación en los pliegos define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Los pliegos son la ley del contrato entre las partes y vinculan tanto a las licitadoras al presentar su proposición como al propio órgano de contratación cuando procede a la aprobación de los mismos.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, procede estimar este tercer alegato de la recurrente en el que denuncia la valoración efectuada por el órgano de contratación en el informe técnico en el segundo de los criterios de adjudicación “Estudio de adecuación de tarifas”.



**NOVENO.** En el cuarto y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia la valoración efectuada por el órgano de contratación en el informe técnico en el tercero de los criterios de adjudicación.

A su juicio, se ha producido un error en la valoración de las ofertas al haberse tenido en cuenta un criterio de adjudicación no establecido en los pliegos. Así, señala que tal y como consta en el propio informe de valoración técnica, con respecto al tercer criterio de adjudicación se ha considerado también como mejora -pese a no estar prevista-, además de la instalación de equipos para aumentar el ahorro de consumo, el ahorro que se obtiene en función de las nuevas tarifas a aplicar.

Indica que la Administración incurrió en un incumplimiento de los pliegos e incluso realizó una valoración arbitraria de las ofertas, toda vez que las licitadoras AURA ENERGÍA, GAS NATURAL E IBERDROLA obtuvieron una puntuación mayor que la otorgada a su oferta, en base a la obtención de un ahorro en el consumo justificado en una mejora que no era objeto de valoración, y que en atención a su naturaleza, tampoco cabe incluir en ninguno de los criterios fijados inicialmente -como es el suministro e instalación de equipos destinados a tal fin-, siendo por tanto un criterio de valoración fijado *ex novo*, sin que quepa en ningún caso realizar el ejercicio interpretativo llevado a cabo en el informe técnico.

Concluye la recurrente que la valoración de las ofertas en base al tercer criterio de adjudicación, de acuerdo con los artículos 1, 139 v 150 del TRLCSP, debería limitarse estrictamente a la comprobación y cuantificación del suministro e instalación de sistemas de ahorro de energía ofertado por los licitadores -luminarias con leds, reductores de flujo o batería de condensadores-, sin que quepa otro tipo de interpretación como la de aplicar un ahorro obtenido por la aplicación de nuevas tarifas -como ha sucedido en este caso-, y que podría destinarse o no a la obtención de dichos sistemas.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el ahorro estimado con la oferta de ENDESA ENERGÍA es de 94.793,82 euros en un año y de 379.175,28 euros en los cuatro años de duración del contrato; sin embargo, la diferencia a favor de la empresa AURA ENERGÍA es de 99.163,76 euros en un año y 396.655,04 euros en los cuatro años del contrato.

Es verdad, afirma el informe al recurso, que el importe económico de las mejoras propuestas por ENDESA ENERGÍA (83.538,40 euros) es bastante mayor que las propuestas por AURA ENERGÍA (4.000,00 euros), pero estaría fuera de toda lógica, técnica y económica, no considerar como mejora el ahorro que se obtendría con la oferta de AURA ENERGÍA ya que, como se reflejó en el informe técnico de valoración de las ofertas, se puede destinar parte de ese considerable ahorro, precisamente, a la ejecución de muchas más medidas de ahorro.

Vistas las alegaciones procede analizar el fondo de la controversia suscitada en este último motivo del recurso.

Al respecto, procede reiterar el contenido del tercero de los criterios de adjudicación. Dice así en lo que aquí interesa:

*“Tercero: Suministro e instalación del mayor número de sistemas de ahorro de energía, (luminarias con leds, reductores de flujo o batería de condensadores), valorados económicamente. (Puntuación máxima: 20 puntos) (...).”*

Por su parte, en el informe técnico de valoración de las ofertas, en relación con el presente criterio de adjudicación, se dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

“NOTA:



*Con respecto a la puntuación según el tercer criterio de adjudicación se ha considerado también como mejora, además de la instalación de equipos para aumentar el ahorro en el consumo, el ahorro que se obtiene en función de las nuevas tarifas a aplicar, ya que, parte de ese considerable ahorro, podría destinarse, precisamente a la instalación de estos equipos.”*

Así pues, las cuestiones planteadas en la presente alegación, esto es la consideración como mejora del ahorro que se obtiene en función de las nuevas tarifas a aplicar, deben analizarse desde la perspectiva de lo establecido en el TRLCSP, así como de la jurisprudencia dictada al respecto y de la doctrina elaborada en aplicación de lo anterior tanto por éste como por otros Tribunales competentes en materia de resolución de recursos sobre contratación pública.

Al respecto, el TRLCSP dispone sobre las mejoras, además de en su artículo 150 en donde se regulan con carácter general los criterios de valoración de las ofertas, en su artículo 147 “Admisibilidad de variantes o mejoras”, en donde se establece que:

*“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.*

*2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.*

*(...).”*

Como se desprende del mencionado artículo 147, en el caso de las mejoras como criterio de adjudicación, además de lo previsto en el artículo 150 del TRLCSP tendrá que figurar en los pliegos y en los anuncios sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.



En cuanto a la jurisprudencia y a la doctrina de los Tribunales en relación con los criterios de adjudicación, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 y la de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que: *“es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.*

*Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.*

Pues bien, en el presente supuesto, como se desprende de la simple lectura del criterio impugnado, las mejoras que únicamente figuran en los pliegos son el suministro e instalación de luminarias con leds, reductores de flujo o batería de condensadores siempre que supongan ahorro de energía. Por el contrario, el ahorro que se obtiene en función de las nuevas tarifas a aplicar, es decir, la bajada del importe de la oferta económica de cada licitadora respecto del presupuesto de licitación del contrato, no estaba prevista en el tercero de los



criterios de adjudicación, ni la misma puede ser imputada a los sistemas de ahorro de energía previstos en el pliego (luminarias con leds, reductores de flujo o batería de condensadores), ni tan siquiera supone un ahorro de energía.

Este Tribunal no duda de la loable intención del técnico municipal que suscribió el informe técnico de valoración de las ofertas y el posterior informe al recurso, cuando manifiesta que *“estaría fuera de toda lógica, técnica y económica, no considerar como mejora el ahorro que se obtendría con la oferta de AURA ENERGÍA ya que, como se propuso en el informe de propuesta de adjudicación, se puede destinar parte de ese considerable ahorro, precisamente, a la ejecución de muchas más medidas de ahorro”*, pero como se ha expuesto de forma reiterada en la presente resolución los pliegos son la ley del contrato entre las partes y vinculan tanto a las licitadoras al presentar su proposición como al propio órgano de contratación cuando procede a la aprobación de los mismos, de tal forma que cuando el órgano de contratación en los pliegos define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los mismos.

A mayor abundamiento, el importe de la propuesta económica de cada licitadora ya ha sido valorada en el criterio de “oferta económica”, por lo que no puede ser objeto de valoración además mediante otro criterio de adjudicación.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, procede estimar este cuarto y último alegato de la recurrente en el que denuncia la improcedencia de considerar como mejora, dentro del tercero de los criterios de adjudicación, el ahorro que se obtiene en función de las nuevas tarifas a aplicar.

La estimación integral del recurso, conforme a lo solicitado por la recurrente, supondría la anulación del acuerdo de adjudicación y la retroacción de las actuaciones para que se procediera por el órgano de contratación a una nueva



valoración de las ofertas según los criterios fijados en el PCAP. Sin embargo, realizar la mesa de contratación una nueva valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, conociendo el contenido íntegro de las ofertas de todas las licitadoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática, supone una vulneración del principio de confidencialidad de las ofertas en conexión con el de igualdad de trato y el de libre concurrencia.

En ese sentido el artículo 150.2 del TRLCSP determina en su último párrafo que *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”*.

Dicho mandato legal tuvo su reflejo en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que dispone que *“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”* y, consecuentemente, el artículo 30.2 del mismo Real Decreto determina que *“En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”*.

Sobre el principio de confidencialidad de las ofertas y su conexión con el de igualdad de trato y el de seguridad jurídica, la Sentencia, de 30 de abril de 2014, del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-637/11, afirmó en su apartado 85 que garantiza la confidencialidad de las ofertas el *“(…) que la*



*comisión de apertura de las ofertas [las] halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad”.*

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia, de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, afirmando que *“se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior”.*

En definitiva, la exigencia de respetar el principio de confidencialidad de las ofertas, y su vinculación con los principios de igualdad de trato y de libre concurrencia, es incompatible con la posibilidad de realizar una nueva valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicios de valor, con posterioridad al conocimiento íntegro de la totalidad de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática.

En consecuencia, a la vista de los artículos 150.2 del TRLCSP y 26 del citado Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y de la mencionada doctrina jurisprudencial, al no quedar respetada la confidencialidad de las ofertas, los principios de igualdad de trato y de libre concurrencia quedan comprometidos, por lo que la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el



procedimiento de licitación. Dicha nulidad no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario. En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 120/2016, de 3 de junio y 244/2016, de 14 de octubre.

Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en igual sentido, entre otras muchas en su Resolución 279/2016, de 15 de abril, que señala que *“al resultar comprometido el principio de igualdad y libre concurrencia, pues no queda respetada la confidencialidad del contenido del sobre que incluye las ofertas relativas a los criterios evaluables mediante juicio de valor con anterioridad a la valoración de la oferta a valorar mediante fórmulas automáticas, resulta obligado declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, pudiendo en su caso el órgano de contratación iniciar un nuevo procedimiento”*.

Los argumentos anteriores no decaen por el hecho de que el PCAP -ley entre las partes- no haya previsto, con clara vulneración de la normativa de aplicación, que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuase siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, ni por el hecho asimismo irregular de no haberse determinado por el citado pliego qué criterios de adjudicación son de aplicación automática y cuáles de juicio de valor.

En este sentido, a juicio de este Tribunal, el segundo de los criterios de adjudicación “Estudio de adecuación de tarifas” es claramente de juicio de valor, pues se valora otorgando 10 puntos a aquellas ofertas que presenten un estudio total de los consumos de todos los puntos de suministro y a las demás de forma proporcional con respecto a la más ventajosa, necesitando su valoración pues de apreciaciones de carácter subjetivo para dilucidar si estamos ante un estudio, si este es total, si versa sobre los consumos de todos y cada uno de los puntos de



suministro y para apreciar en qué medida las ofertas que se alejan de la más ventajosa merecen determinada puntuación.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, con la estimación del recurso se declara la nulidad de todo el procedimiento de licitación, pudiendo el órgano de contratación convocar, en su caso, un nuevo procedimiento de adjudicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra el Acuerdo, de 8 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Carmona por el que se adjudica el contrato denominado “Suministro eléctrico a todas las instalaciones y dependencias del Excmo. Ayuntamiento de Carmona” (Expte. 16-15), convocado por el Ayuntamiento de Carmona (Sevilla) y, en consecuencia, declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, pudiendo el órgano de contratación convocar, en su caso, un nuevo procedimiento de adjudicación.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en



el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

