

**Recurso 14/2024**  
**Resolución 22/2024**  
**Sección Tercera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 19 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.** contra el acuerdo, de 14 de diciembre de 2023, del órgano de contratación por el que admiten determinadas ofertas al procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para el alumbrado público, dependencias municipales y colegios públicos de la ciudad” (Expte. 102/2020), convocado por el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 6 de diciembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 6.389.931.89 euros. Dicho anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de diciembre de 2020 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 9 de diciembre de 2020.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El órgano de contratación mediante acuerdo, de 4 de febrero de 2021, admite entre otras las ofertas de las entidades ENDESA ENERGÍA S.A.U. y ENERGÍA NUFRI, S.L.

**SEGUNDO.** El 8 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L. (en adelante CEGASME) contra el citado acuerdo de admisión de 4 de febrero de 2021.

Dicho recurso fue estimado parcialmente mediante Resolución 269/2021, de 8 de julio (Recurso 156/2021). La misma fue objeto de recurso contencioso administrativo seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, con el número de procedimiento 626/2021, resuelto por sentencia de 24 de abril de



2021, siendo decretada su firmeza, el 8 de noviembre de 2023. Recurrida la sentencia por parte del Ayuntamiento, el recurso fue desestimado.

Con posterioridad, y en ejecución de dicha Sentencia se ha procedido a dictar resolución por parte del Ayuntamiento. El 5 de diciembre de 2023, se realiza una nueva sesión de la mesa de contratación, en ejecución del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2023, donde se procede a proponer los adjudicatarios y a excluir a las entidades ENDESA y ENERGÍA NUFRI, S.L., con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho acto, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en su caso como adjudicatarios.

La Junta de Gobierno Local, el 14 de diciembre de 2023, resuelve excluir a determinadas entidades en ejecución de la Sentencia, así como admitir las ofertas de las entidades que en el mismo se exponen, entre ellas la entidad recurrente, y requerirle la documentación previa a la adjudicación ex art.150.2 LCSP, en la licitación convocada por el Ayuntamiento para el contrato de Suministro de Energía Eléctrica de Baja y Alta Tensión para el Alumbrado Público, Dependencias Municipales y Colegios Públicos de la ciudad, referidos a los dos años del contrato, y procede a requerirle la documentación a efectos del artículo 150.2 LCSP.

El 3 de enero de 2024 la recurrente interpone ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo relativo a la admisión y rechazo de ofertas, así como el requerimiento de documentación a la entidad propuesta como adjudicataria, adoptado por la Junta de Gobierno Local, con fecha 14 de diciembre del 2023.

Posteriormente, con fecha 11 de enero de 2024, la recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y le solicitó la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibida en este Tribunal con fecha 17 de enero de 2024., entre ellos el informe al recurso especial donde se realiza un detallado y fundado informe sobre la situación en la que se encuentra el procedimiento de contratación, y las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento para dar ejecución a la sentencia.

En el escrito de recurso presentado se solicita la medida cautelar por la entidad recurrente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dado que resultaría a priori ser la adjudicataria.



### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la admisión de su oferta, y contra el requerimiento de documentación previa a la adjudicación conforme al artículo 150.2 LCSP en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que debe determinarse si el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

El acto recurrido no es de trámite cualificado. En este sentido, el artículo 44.2.b) de la LCSP en su primer inciso establece los requisitos que tienen que reunir los actos para que puedan ser considerados como susceptible de recurso especial en materia de contratación «*Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*», y en el segundo inciso define aquellos actos que han de ser considerados en todo caso como de trámite cualificados y por tanto susceptibles de recurso especial «*En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.*».

Dicho acuerdo de 14 de diciembre de 2023 comprende dos actos, el de admisión en ejecución de la sentencia, que es obligado, y el del requerimiento de la documentación. Por un lado, si bien el acto de admisión es definitivo, éste no solo no es objeto de recurso, sino que, al contrario, ésta era la pretensión que guardaba relación con la ejecución de la resolución 269/2021 de este Tribunal (confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), y que es objeto de ejecución, el cual, a la vista del recurso no resulta discutido. Por otro lado, el acto que verdaderamente parece recurrir es el requerimiento de documentación previa a la adjudicación a efectos del artículo 150.2 LCSP, acto del que no se derivan aún consecuencias definitivas para la entidad recurrente, la cual en su caso podrá retirar la oferta tácita o expresamente, como parece desprenderse del recurso presentado que es su intención. Los actos que dicte el órgano de contratación, que se deriven de dicha retirada, podrán en su caso ser objeto de recurso.

En este sentido, el artículo 157.6 LCSP, establece que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, y asimismo no puede tener cabida que se considere, el no ejercicio de su derecho a retirar la oferta una especie de renuncia (tácita) a la posibilidad de ejercitar su derecho, dado que la renuncia de derechos no se presume, y tiene que ser expresa, concluyente y no sujeta a interpretación, todo ello dado que estamos dentro de los límites a la renunciabilidad de los derechos, (no siéndolo en el caso de la renuncia a los derechos señalados expresamente prohibidos por una ley concreta), de acuerdo con el art 6.2 del Código Civil que señala el interés o el orden público y el perjuicio de tercero.

El artículo 150.2 de la LCSP el cual señala que:

*“Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de*



*disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.*

*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71. En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.*

Por otra parte, el artículo 158 LCSP dispone:

*“1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.*

*2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.*

*3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley.*

*4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”.*

El artículo 150.2 LCSP prevé, con el fin de garantizar la seriedad en el mantenimiento de la proposición presentada, evitando que -de manera injustificada y atentando contra la buena fe y la confianza legítima de las partes intervinientes en la adjudicación de un contrato- el que ha sido propuesto como adjudicatario, incumpliendo el deber impuesto en el citado precepto, retire su oferta, con los consiguientes daños o perjuicios que se causan tanto al órgano de contratación como al interés público derivados de dicha retirada que, además, supone el consiguiente retraso en la adjudicación o a veces, determina, incluso, que siendo la única oferta presentada la suya, provoque la declaración de desierto del contrato por parte del órgano de contratación. Ahora bien, habrá de analizarse en este caso, si concurre alguna causa que pueda justificar que no se *“cumplimente adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado”*, como dispone el artículo 150.2 LCSP.

De este modo cumple resaltar, como realiza el informe del órgano de contratación, la posibilidad que tiene un licitador de retirar la oferta si el órgano de contratación incumple la obligación de adjudicar en 2 meses. En este supuesto se ha dado dicha circunstancia que sea procedente el establecimiento de una penalidad dadas las circunstancias concurrentes.

A mayor abundamiento, y para el caso en el que ese caso se produjere, nos hallaríamos ante un acto que se produce dentro del procedimiento de adjudicación, como se infiere con toda claridad de la ubicación sistemática del artículo 150.2 de la LCSP, base jurídica última para la imposición de la penalidad. Este precepto se encuentra dentro de la Subsección 1ª (“Normas generales”), de la Sección 2ª (“De la adjudicación de los contratos de las



Administraciones Públicas”), del Capítulo I (“De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas”), del Título I (“Disposiciones generales”, del Libro Segundo (“De los contratos de las Administraciones Públicas”) de la LCSP. Esto es, forma parte de la regulación del procedimiento de adjudicación. De hecho, la imposición de la penalidad es, junto con la retirada de la oferta o exclusión del licitador, una consecuencia jurídica legalmente vinculada al incumplimiento del requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, que se produce necesariamente en una fase previa a la adjudicación del contrato y que, en casos como el que nos ocupa, es decisiva para el resultado final de la misma. En ese caso, el acto se produciría en el seno del procedimiento de adjudicación y sería cualificado, en el sentido de que, si bien no produce la adjudicación en sí del contrato, sí afecta irreparablemente a derechos e intereses legítimos.

Dado que la imposición de la penalidad que se adoptare por el acuerdo recurrido derivaría de la autoexclusión de la oferta del artículo 150 de la LCSP, y no de la falta de formalización ex artículo 153 del mismo cuerpo legal, este Tribunal ostentaría competencia objetiva para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de dicha actuación administrativa, esto es, la consideración hecha por el órgano de contratación de tener por retirada la oferta y en su caso, si optare por la imposición de penalidad por el importe del 3% del presupuesto base de licitación cuya adjudicación se había propuesto a favor de la recurrente. Por lo dicho, este Tribunal considera que el acto que pudiere dictarse (imposición de la penalidad por incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP) sería uno de los previstos en el artículo 44.2 de la LCSP y, en consecuencia, impugnabile a través del recurso especial en materia de contratación.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 284/2013, de 27 de junio, y 325/2015, de 17 de abril de 2015, y asimismo el TACPCM en sus Resoluciones 6/2015, de 14 de enero, y 286/2017, de 11 de octubre, han considerado que este acto produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, por lo que debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, al tratarse de un contrato de mixto de suministro de cuantía superior a 100.000 euros, convocado por un Ayuntamiento, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Este Tribunal asimismo se ha pronunciado con anterioridad, como ejemplo cítese la Resolución 479/2021, de 18 de noviembre, o la 380/2022, de 13 de julio.

Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra un acto no susceptible de impugnación independiente, según lo previsto en el artículo 44, procede acordar la inadmisión del mismo por tal causa, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara, así como sobre la medida cautelar solicitada.

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

#### **ACUERDA**

**ÚNICO.** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.** contra el acuerdo, de 14 de diciembre de 2023, del órgano de contratación por el que admiten determinadas ofertas al procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para el alumbrado público, dependencias municipales y colegios públicos de la ciudad” (Expte. 102/2020), convocado por el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), conforme a lo establecido en el fundamento de Derecho tercero.



**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas 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.

