

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIONES Y RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.

D. [REDACTED] quien actúa en representación de la sociedad **ENDESA ENERGÍA SA**, con C.I.F. A81948077 en calidad de apoderado, según resulta de la escritura pública cuya copia se acompaña como **3712 GAR EENERG - Línea de Negocio II Comercial (Ferrer Gomez)**, ante el Ilmo. Tribunal comparece y, como mejor proceda en Derecho, **EXPONE:**

- I. Que mi representada **ENDESA ENERGÍA SA** tiene la condición de parte interesada en el procedimiento administrativo relativo a la contratación del **"SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE ORIGEN RENOVABLE"**, convocado por la Gerencia de la Empresa Malagueña de Transportes S.A.M., y tramitado con número de expediente administrativo 015/2024, en calidad de empresa licitadora.
- II. Que en fecha 1 de agosto de 2.024 se publicó en el perfil del contratante de la Empresa Malagueña de Transportes S.A.M. el acuerdo de adjudicación del contrato a favor de la mercantil **GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., por un importe de 437.721,36 € (sin IVA), superando el presupuesto base de licitación establecido en la cláusula 4 PCAP por importe de 413.300,74€ (sin IVA).**
- III. Que esta representación considera, dicho sea con el máximo respeto hacia el órgano de contratación y términos de estricta defensa, que la citada Resolución de adjudicación del contrato a favor de una oferta inadmisibles por superar el presupuesto base de licitación, es contraria al ordenamiento jurídico, resultando afectados los intereses legítimos de **ENDESA ENERGÍA SA**, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 119 y ss del Real Decreto-ley 3/2020, y por remisión en los artículos 44 y ss de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante "**LCSP**"), por medio del presente escrito, en la representación invocada, se procede en tiempo y forma a interponer **RECLAMACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra la referida la Resolución de adjudicación del contrato, sobre la base de los siguientes

HECHOS

PREVIO.- Delimitación del objeto de la *litis*.

Con carácter previo a la articulación de los motivos materiales y procedimentales en base a los cuales se formula el presente recurso, esta representación considera pertinente exponer de forma sucinta el objeto del mismo:

El acto administrativo que se impugna es el acuerdo de adjudicación del contrato a favor de la mercantil GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., por un importe de 437.721,36 € (sin IVA), superando el presupuesto base de licitación de 413.300,74€ (sin IVA).

Pues bien, entendemos que la citada resolución es contraria al ordenamiento jurídico, por contravenir la normativa que rige la contratación administrativa, en concreto:

- Contraviene lo dispuesto en la cláusula 4.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que establece que "*no podrá admitirse ninguna proposición económica por importe superior al gasto máximo presupuestado*", el cual se estableció en 413.300,74€ sin IVA.
- Contraviene lo dispuesto en el art. 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

"Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

*Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, **excediese del presupuesto base de licitación**, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, **será desechada por la mesa, en resolución motivada**. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición."*

Mi representada ENDESA ENERGÍA ostenta legitimación para la interposición de la presente reclamación, pues la estimación de la misma conllevaría a que se rechazasen las dos únicas ofertas presentadas por superar el presupuesto de la licitación, con la consecuente declaración de licitación desierta y la apertura de un nuevo procedimiento, tal y como ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea así como los Tribunales nacionales con competencia en materia de recurso especial.

PRIMERO.- Breve referencia a los antecedentes administrativos.

1.1.- En fecha 21 de junio de 2.024 se publicó en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares con Anexos, así como el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El objeto del contrato es el suministro de energía eléctrica de origen renovable, calificándose como contrato de suministro definido en el artículo 2 d) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

De conformidad con la cláusula 1 del PCAP, la preparación y adjudicación del contrato queda sujeta al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, siendo de aplicación supletoria las disposiciones generales de la LCSP y el Reglamento de contratación de las Administraciones Públicas.

De conformidad con la cláusula 4.1 del PCAP, se estableció un presupuesto base de licitación por importe de 413.300,74€ (sin IVA) y 495.111,14€ (con IVA), indicando expresamente que **"no podrá admitirse ninguna proposición económica por importe superior al gasto máximo presupuestado. Constituyendo el presupuesto base de licitación el límite de gasto que se le puede asignar al contrato"**.

Por último, en el perfil del contratante se publicó una Diligencia de aprobación del gasto o retención de crédito por importe de 495.111,14€ (IVA incluido).

1.2.- En fecha 1 de julio de 2.024 se celebró la Mesa de contratación, cuyo orden del día lo constituía (1) la apertura y calificación administrativa, así como (2) la apertura de los criterios evaluables automáticamente.

Como resultado fueron admitidas las dos únicas empresas presentadas (GAS NATURAL COMERCIALIZADORA y ENDESA ENERGÍA SA), remitiendo las ofertas a los técnicos para su correspondiente evaluación.

1.3.- En fecha 19 de julio de 2.024 se celebró la Mesa de Contratación, cuyo orden del día lo constituía (1) la valoración de los criterios evaluables automáticamente, así como (2) la propuesta de adjudicación.

Las ofertas económicas presentadas fueron las siguientes:

- GAS NATURAL COMERCIALIZADORA: 437.721,36€ sin IVA.
- ENDESA ENERGÍA: 455.068,20€ sin IVA.

Ambas empresas licitadoras presentaron ofertas económicas que superaban el presupuesto base de licitación, fijado en 413.300,74€ (sin IVA).

Como resultado final, se propuso la adjudicación a favor de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA que obtuvo 100 puntos, frente a los 96,38 otorgados a ENDESA ENERGÍA.

1. 4.- En fecha 1 de agosto de 2.024 se publicó en el perfil del contratante la Resolución del órgano de contratación por la que se adjudicó el contrato a favor de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, con un precio de 437.721,36€ (sin IVA) y 529.642,87€ (con IVA).

SEGUNDO.- Motivos de disconformidad con la Resolución objeto de impugnación.

2. 1.- Sobre el motivo de nulidad de la Resolución objeto de impugnación:

La cláusula 4 del PCAP fijaba de forma clara el presupuesto base de licitación por un importe de 413.000,74€ sin IVA, indicando expresamente que serían inadmisibles las ofertas que superasen dicho PBL:

"no podrá admitirse ninguna proposición económica por importe superior al gasto máximo presupuestado. Constituyendo el presupuesto base de licitación el límite de gasto que se le puede asignar al contrato".

En los mismos términos el art. 84 RGLCAP establece como causa de rechazo de ofertas la superación de presupuesto base de licitación, en los siguientes términos:

"Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

*Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, **excediese del presupuesto base de licitación**, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas*

palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición."

En este caso, resulta claro que la adjudicación contraviene las disposiciones anteriormente referidas, toda vez que recae en una oferta inadmisibles, por importe de 437.721,36€ (sin IVA) y 529.642,87€ (con IVA), que supera el presupuesto base de licitación fijado como gasto máximo, por importe de 413.300,74€ (sin IVA) y 495.111,14€ (con IVA).

2.2.- Sobre la legitimación activa de ENDESA ENERGÍA para interponer la reclamación:

En el presente procedimiento, las dos únicas ofertas presentadas resultarían inadmisibles por superar el presupuesto base de licitación establecido como gasto máximo.

En el caso de ENDESA ENERGÍA, si bien incurre en la misma irregularidad que la empresa adjudicataria GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, ostenta legitimación activa, habida cuenta que el rechazo de las dos únicas ofertas conllevaría a la declaración de licitación desierta, así como a la convocatoria de un nuevo procedimiento.

La legitimación en estos casos se ha reconocido expresamente tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como por los Tribunales nacionales con competencia en materia de recurso especial. En este sentido, la resolución del TARC JUNTA ANDALUCÍA 103/2013, consideraba al recurrente legitimado, al entender que en el supuesto de declararse desierto, existían indicios suficientes de que el procedimiento de contratación volvería a iniciarse.

De todo lo cual resulta que la eventual estimación de las pretensiones derivarían en un beneficio tangible y efectivo para mi mandante, en la forma de declaración del procedimiento como desierto, debiéndose proceder a una nueva convocatoria, encontrándose por ello legitimada por este motivo para interponer la presente reclamación, en virtud del artículo 48.1 de la LCSP.

Así lo determina en un supuesto similar la Resolución nº 137/2017 del OARC EUSKADI, al considerar lo siguiente:

"Por ello, se puede afirmar que el interés legítimo del licitador que no ha sido excluido con carácter firme se basa en la expectativa de declarar desierto el contrato y en poder acceder al nuevo procedimiento de contratación con la posibilidad de

obtenerlo. De esta forma, tendría una segunda oportunidad para competir y una posibilidad de obtenerlo a través de esta vía. En este sentido, el OARC/KEAO, en su Resolución 2/2017 ha venido a señalar que se acepta la legitimación para impugnar la adjudicación del licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta, por considerar que esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación. A los anteriores hechos, resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. DE ORDEN PROCEDIMENTAL:

I.1.- Sobre el régimen jurídico del recurso:

El acto administrativo objeto de recurso se encuentra entre los supuestos contemplados en el artículo 119 del RDL 3/2020, siendo susceptible de Reclamación en materia de contratación. **I.2.- Forma y lugar de interposición:**

La reclamación se interpone ante el órgano competente para resolver, esto es, el Ilmo. Tribunal Administrativo de Reclamaciones y Recursos Especiales en Materia de Contratación del Excmo. Ayuntamiento de Málaga. **I.3.- Sobre la legitimación activa:**

ENDESA ENERGÍA está legitimada para la interposición de la presente reclamación a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP:

"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."

En cuanto al concepto de interés legítimo, en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, entre otras) se declara que:

[...] por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio.

El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Como se ha adelantado en el **HECHO SEGUNDO** del presente escrito, ENDESA ENERGÍA, si bien incurre en la misma irregularidad que la empresa adjudicataria GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, ostenta legitimación activa, habida cuenta que el rechazo de las dos únicas ofertas conllevaría a la declaración de licitación desierta, así como a la convocatoria de un nuevo procedimiento.

La legitimación en estos casos se ha reconocido expresamente tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como por los Tribunales nacionales con competencia en materia de recurso especial. En este sentido, la resolución del TARC JUNTA ANDALUCÍA 103/2013, consideraba al recurrente legitimado, al entender que en el supuesto de declararse desierto, existían indicios suficientes de que el procedimiento de contratación volvería a iniciarse.

Por su parte, El TJUE apreció legitimación porque entender que sí existe un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, ya que dicha exclusión puede llevar en su caso a que la entidad adjudicadora no pueda proceder a la selección de una oferta adecuada. Esta interpretación estableciendo el derecho de los licitadores no excluidos definitivamente a recurrir, en particular, contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades adjudicadoras, sería también mantenida en la STJUE de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13 y confirmada por la STJUE de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, asunto c-131/16 en la que se

concluye que un licitador excluido (o incurso en causa de exclusión) se encuentra legitimado para pedir la exclusión del adjudicatario, si con la misma logra que el procedimiento sea declarado desierto. Como vemos, desde la jurisprudencia comunitaria y nacional, se han venido apreciando posiciones habilitantes para recurrir basadas en el propósito de beneficiarse de la adjudicación en una posible futura licitación.

I. 4.- Sobre el plazo de interposición del recurso:

La Resolución objeto de impugnación se publicó en el perfil del contratante en fecha 1 de agosto de 2024. En consecuencia, el recurso se interpone dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles.

II. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO:

Como adelantamos en el relato fáctico, la Resolución objeto de impugnación es contraria a Derecho, por contravenir la normativa que rige la contratación administrativa, en concreto:

- Contraviene lo dispuesto en la cláusula 4.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que establece que *"no podrá admitirse ninguna proposición económica por importe superior al gasto máximo presupuestado"*, el cual se estableció en 413.300,74€ sin IVA.
- Contraviene lo dispuesto en el art. 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

"Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

*Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, **excediese del presupuesto base de licitación**, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición."*

En virtud de lo anteriormente expuesto,

AL ILMO. TRIBUNAL SUPPLICO, que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma con su documentación adjunta, se sirva admitirlo, teniendo por interpuesto **RECLAMACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra la Resolución del órgano de contratación publicada en el perfil del contratante en fecha 1 de agosto de 2.024, por la que se acuerda la adjudicación del contrato a favor de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA; y en sus méritos y previos los trámites procedimentales pertinentes, dicte en su día resolución estimando el recurso, declarando la exclusión de la empresa adjudicataria.

Por ser justicia administrativa que respetuosamente solicito en Madrid, a 8 de agosto de 2.024.

Fdo. D. Javier Ferrer Gómez

ENDESA ENERGÍA SA

OTROSÍ DIGO: SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN:

1ª.- Conforme al artículo 49 de la LCSP, las personas legitimadas podrán solicitar la adopción de medidas cautelares dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las destinadas a suspender el procedimiento de adjudicación del contrato.

La finalidad no es otra que la propia de evitar la consolidación de situaciones de ilegalidad mediante la prosecución del procedimiento de licitación y formalización del contrato.

2ª.- En el presente caso, concurren todos los requisitos determinantes de la adopción de las medidas cautelares, que, ante el silencio de la LCSP, hay que entender que son los recogidos en el artículo 117.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que resulta de aplicación supletoria. Los Tribunales administrativos en materia contractual han declarado, en efecto, la necesidad de aportar justificación, aún incompleta, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida, la procedencia de atender a la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación, la ponderación de los intereses concurrentes y la apariencia de buen derecho como criterios

determinantes de la decisión sobre medidas provisionales, presupuestos que se cumplen en este caso:

a) Se aportan en el presente escrito elementos de prueba más que suficientes de las circunstancias que permiten al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. Nos remitimos íntegramente al contenido de las alegaciones formuladas para justificar la petición de nulidad que se formula en este recurso.

b) La suspensión del procedimiento es el único medio posible para asegurar que la eficacia de la resolución que recaiga en este recurso especial no se vea frustrada con antelación. Si no se adopta la medida cautelar interesada, se ocasionarán perjuicios de imposible reparación pues se procederá a la formalización del contrato (artículo 151 LCSP) con el adjudicatario, a pesar de las ilegalidades e irregularidades del procedimiento, que van a conllevar con toda probabilidad la anulación del mismo. La suspensión, por tanto, pretende evitar la consolidación de una situación de hecho y de derecho difícilmente reversible con perjuicio irreparable tanto para el propio procedimiento de licitación como para los licitadores. Es evidente, en fin, que se da el primer y principal requisito para adoptar la medida cautelar como es la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación si continúa por sus trámites la licitación del contrato.

c) La ponderación de intereses es claramente favorable a la suspensión. La continuación de la licitación del contrato provocaría daños de imposible reparación, como acabamos de aducir. El interés público en el mantenimiento de la legalidad impone la necesidad de que se paralice el procedimiento de licitación en tanto se resuelve si se ha producido o no irregularidades. Además, tampoco existe una exigencia inaplazable para la satisfacción del interés general inherente a la adjudicación del contrato, sobre todo, porque la tramitación del recurso especial en materia de contratación contempla plazos breves, por lo que no es previsible que la medida cautelar que se adopte prolongue su vigencia por un largo periodo de tiempo. En definitiva, la prosecución del procedimiento de contratación causaría perjuicios irreparables y no hay ningún interés público que justifique la continuación del procedimiento, lo que corrobora la procedencia de adoptar la medida cautelar que se solicita.

d) A mayor abundamiento, existe en este caso mucho más que una mera apariencia de buen derecho en la pretensión deducida, como se deduce de las consideraciones anteriores a las que nos remitimos íntegramente. Por tanto, incluso en la más prudente interpretación del criterio del *fumus boni iuris*, su aplicación es claramente favorable a la suspensión que se solicita.

Ref. Expediente: 015/2024. Suministro de energía eléctrica renovable.

Órgano de contratación: Gerencia de la Empresa Malagueña de Transportes S.A.M.

Asunto: Reclamación en materia de contratación prevista en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

En su virtud,

SUPLICO AL TRIBUNAL que se acuerde la suspensión del procedimiento.

Fecha y lugar *ut supra*.

Fdo. D. 

ENDESA ENERGÍA S.A.