

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de enero de 2020

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación de Gas Natural Comercializadora, S.A., y la representación de Endesa Energía, S.A.U., contra el “anuncio de licitación y los pliegos de prescripciones administrativas particulares para la contratación del suministro de energía eléctrica renovable para Madrid Calle 30, S.A, (2 lotes), Código del Expediente: 201900018”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que la sociedad de economía mixta Madrid Calle 30, S.A., convocó, mediante anuncio publicado en el perfil del contratante en fecha 30 de diciembre de 2019 y en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 31 de diciembre de 2019 licitación para la contratación del suministro de energía eléctrica renovable para Madrid Calle 30 (expediente 201900018). El valor estimado del contrato es de 5.324.000 euros para el lote 1, y 6.352.500 para el lote 2.

Segundo.- En fecha 28 de enero de 2019, ya se impugnó ante este Tribunal anuncio y Pliegos con igual clausulado por los mismos reclamantes e idénticos motivos,

recursos 47 y 50 de 2019, siendo desestimada por Resolución 60/2019 de 16 de febrero. En los presentes recursos acumulados se reproducen literalmente los anteriores recursos.

Tercero.- El 20 y 22 de enero de 2020, tuvieron entrada los recursos especiales en materia de contratación, formulado por las representaciones de las empresas, habiendo recibido el informe y expediente de contratación en fechas 27 y 28 de enero, conforme al artículo artículo 56 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 del de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver los recursos.

Segundo.- Los dos recursos han sido interpuestos por personas jurídicas legitimada para ello, al tratarse de comercializadoras de energía eléctrica, personas jurídicas potenciales licitadores, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 del LCSP). Al efecto señalan su interés por participar en la licitación y verse perjudicadas al no poder presentar la oferta por cláusulas contrarias a Derecho, pues su redacción actual les impide concurrir en igualdad de condiciones a la licitación y con la impugnación se pretende conseguir la anulación del Pliego y poder participar en otra licitación sometida a un Pliego ajustado a Derecho removiendo las dificultades que advierten en esta licitación.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones se pusieron a disposición de los licitadores el día 30 de diciembre de 2019, y han sido interpuestos los recursos en fechas 20 y 22 de enero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Los recursos se interponen contra los Pliegos de un procedimiento abierto de un contrato de suministro de un valor estimado acumulado de 11.676.500 euros. El acto es recurrible, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Quinto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, siendo el acto recurrido el mismo (los Pliegos y el mismo criterio de solvencia técnica) y siendo aquellos esencialmente iguales en sus términos, necesariamente debe apreciarse identidad en el asunto. El Tribunal es el mismo órgano que debe resolver todos los recursos. Procede por tanto la acumulación de los tres recursos.

Sexto.- El fondo de los dos recursos se dirige contra el apartado 8 del Anexo I del PCAP, solicitando su anulación, conforme al precedente. Dicho apartado dice:

“Se aportará con carácter previo a la adjudicación definitiva del contrato certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o equivalente, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITEC1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable”.

Gas Natural Comercializadora S.A. y Endesa Energía S.A.U. reproducen argumentaciones ya solventadas en Recursos acumulados nº 83, 87 y 93/2018, Resolución nº 110/2018 de 18 de abril de 2018, y los recursos 47 y 50 de 2019, siendo desestimada por Resolución 60/2019 de 16 de febrero por lo que deben darse por consolidados los argumentos de la misma, de no existir cambio de criterio doctrinal, a lo que cabe añadir que la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha sido ratificada por Sentencias 489/2019 de 17 de julio , recurso 540/2019 , y sentencia de 26 de junio de 2019, Recurso 383/18, las dos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde se encuentran residenciados los recursos contra las Resoluciones de este Tribunal Administrativo.

A la vista de estas resoluciones el órgano de contratación excepciona alegando cosa juzgada material sobre este procedimiento, con una extensa argumentación.

Como ya se dijo en el recurso anterior:

“En cuanto al segundo aspecto, atañe a la denominada cosa juzgada administrativa, que veda un pronunciamiento distinto sobre el mismo asunto. A este respecto, hay que distinguir entre cosa juzgada formal y material. La primera veta un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto de este Tribunal y como tal se recoge en el artículo 59 de la LCSP: el Tribunal no puede revisar sus propias resoluciones.

Es así que sobre los procedimientos consignados en el antecedente segundo, ninguna eficacia tendría esta resolución. Otra cosa es la eficacia de la cosa juzgada material que ‘excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo’ (artículo 222 Ley de Enjuiciamiento Civil). Para que esta excepción concurra es necesaria que concurra la más perfecta identidad entre las personas que litigan, la causa de pedir, los hechos y las cosas.

Esta identidad ya no concurre, cuando se trata de dos procedimientos de contratación distintos, con distintas partes y regidos por una normativa distinta. Lo que existe es un precedente, para desviarse del cual el Tribunal tendría que motivarlo, como cualquier Tribunal de otro orden que cambia de criterio, tal y como señala el artículo 35.1. c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria”.

En el caso presente no existe la identidad de la cosa juzgada material porque es un procedimiento contractual distinto, siendo la normativa contractual la misma.

Podría darse la hipótesis que este Tribunal cambiara de criterio o el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ante el que se encuentra recurrida nuestra Resolución 60/ 2019.

No obstante, todo lo cual no existiendo cambio normativo alguno, razones de seguridad jurídica nos obligan a reiterar los argumentos de la Resolución anterior que, a su vez, remitían a la precedente. Escribimos entonces: *“Antes de entrar en el fondo del asunto, es necesario examinar las excepciones procesales opuestas por Madrid Calle 30 S.A., pues su apreciación impediría entrar en el fondo del asunto.*

Respecto de Gas Natural afirma lo siguiente:

‘1. El recurso debe inadmitirse por falta de legitimación activa: forma parte del GRUPO NATURGY una empresa comercializadora de electricidad que cuenta con el etiquetado A, por lo que podría concurrir a la licitación. No se produce por lo tanto perjuicio alguno, desde un punto de vista material, a la sociedad recurrente.

2. El recurso debe inadmitirse, o, al menos, desestimarse de plano, porque pretende plantear una cuestión que ya está decidida por el Tribunal al que nos dirigimos, sobre la base de la crítica de una resolución previa que es firme en vía administrativa y que, además, fue consentida por la sociedad recurrente’.

Afirma que el Grupo Naturgy, propiedad de Gas Natural S.A. como socio único dispone de una empresa, Gas Natural Fenosa Renovables S.L.U., que cumple con las especificaciones del certificado requerido y con la que podría concurrir a este procedimiento no teniendo, pues, un interés legítimo en este recurso.

Este argumento, a juicio del Tribunal, no es de recibo, puesto que el Grupo Naturgy no es el interesado en licitar sino Gas Natural Comercializadora S.A., que teniendo personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, puede verificarlo, independientemente de la personalidad diferenciada de Gas Natural Fenosa Renovables S.L.U., reconociendo la legislación y la doctrina la posibilidad de que concurren empresas de un mismo Grupo Empresarial (así Recursos nº 35 y 60/2018 Resolución nº 74/2018, de 14 de abril de este Tribunal). Gas Natural

Comercializadora S.A. ostenta una legitimación propia, independiente de la de Naturgy o de Gas Natural Fenosa Renovables S.L.U.

Respecto de Endesa Energía SA exclusivamente plantea Madrid Calle 30 la segunda excepción, debiendo dar por reproducidos los argumentos expuestos en el párrafo anterior.

Siguiendo el orden de entrada, el recurso de Gas Natural Comercializadora S.A. reproduce los argumentos que dieron lugar a la anterior Resolución 110/2018 de 18 de abril de 2018, cuyos razonamientos damos por ya consignados , en aras a la brevedad , para posteriormente contradecir la afirmación del Tribunal de que la garantía exigida es la única que cubre el fin pretendido de acreditar en las energías de procedencia un origen 100% renovable, porque otras garantías incluyen la energía procedente de la cogeneración y, por tanto, no harían entrega cierta del objeto del contrato con la condición medioambiental que se ha establecido en cuanto a su origen (que proceda de fuentes de energía 100% renovables).

Según escribe ‘esta última afirmación del Tribunal consideramos que no es cierta por cuanto las acreditaciones de la CNMC de garantías de origen sí permiten acreditar que la energía suministrada es 100% renovable, puesto que la CNMC puede emitir acreditaciones específicas de garantías de origen renovable y acreditaciones específicas de garantías de origen de cogeneraciones de alta eficiencia. Como prueba aportamos como Documento 3, copia de un documento de acreditación de GDO renovable y un documento de acreditación de GDO de alta eficiencia. Además, se propone como prueba que se oficie a la CNMC para que certifique si puede emitir acreditaciones de GDO exclusivamente renovable que no incluya las GDO de cogeneraciones de alta eficiencia’. El recurrente pretende que el órgano de contratación sustituya una condición de solvencia, el etiquetado de la empresa comercializadora de electricidad, por otra, el certificado de garantía de origen de la electricidad, porque considera que esta última es más adecuada. Pero obvia que el propio Tribunal ya trató esta cuestión en la Resolución meritada cuando afirmó que ‘las garantías de origen no podrían ser aceptadas con la finalidad descrita, dado que no discriminan entre energía renovable y energía procedente de cogeneración de alta eficiencia. Esta última, causante de emisiones de CO₂, por lo

que no se podría aplicar a la exigencia del 100% renovable. Es por ello, que el PCAP exige como criterio de solvencia que se aporte Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de que la energía comercializada es de origen 100% renovable. La única manera de asegurar que la energía es 100% renovable, es mediante la certificación que emite la CNMC relativa al mix de comercialización de cada empresa comercializadora, términos en los que se define el requisito de solvencia técnica.

Es más, examinado el Anexo citado por el recurrente lo que acredita son 'datos de la redención de CUPS', que son puntos de suministro concretos (CUPS: Código Universal de Punto de Suministro), es decir, va dirigido al consumo individual de un usuario, y no certifica el origen renovable de toda la energía suministrada por la eléctrica, como sí hace el etiquetado. Por eso se afirma en nota a pie de página de los anexos acompañados que 'en el caso de que al descargar la información de redenciones en un determinado CUPS no apareciera ningún dato, debe considerarse que el porcentaje de energías renovables/ cogeneración de alta eficiencia relativo a dicho CUPS es el que figura para la correspondiente empresa comercializadora, según los datos del informe de etiquetado de electricidad'. Esto es, que fuera de ese punto concreto de suministro, debe entenderse que el porcentaje de energías renovables es el que figura en el etiquetado. Estas 'redenciones' son transferencias desde las eléctricas a los consumidores finales, y expresan en cualquier caso un tiempo de pretérito, como se explica a continuación. Estos anexos no son una condición de la empresa que licita, sino del consumidor final.

Examinado el Documento 5 de la CNMC del año 2017 relativo al 'Acuerdo sobre los resultados del sistema de garantía de origen y etiquetado de la electricidad relativos a la energía producida en el año 2017', se observa que tampoco existe discrepancia sobre la certificación en origen y la certificación del etiquetado, en cuanto al origen no enteramente renovable de la energía de la empresa. Hasta el punto que en el etiquetado figura en cuanto al origen esta composición: renovables 22,70%; cogeneración de alta eficiencia: 0,4%; cogeneración: 11,7%; Gas Natural 16,4%; Carbón 20%; Fuel/gas: 3%; Nuclear 24,6%; Otras: 1%.

La Circular 1/2018, de 18 de abril, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia (BOE 27 de abril) lo que establece claramente es que los certificados de garantías de origen emitidos en base a la misma refieren a períodos pretéritos, no futuros, por lo cual nunca podrán acreditar que la energía a suministrar de futuro será de fuentes necesariamente renovables:

‘3. 1. La garantía de origen es una acreditación, en formato electrónico, que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producidos en una central, en un periodo temporal determinado, han sido generados a partir de fuentes de energía renovables o de cogeneración de alta eficiencia’ (...).

‘5.4. Una garantía de origen no podrá ser solicitada por adelantado en relación a la energía que vaya a ser producida’.

El certificado de garantía de origen acredita que el origen de la energía durante un período pasado ha sido renovable o de fuentes de alto rendimiento, no que vaya a serlo, mientras el certificado de calidad acredita que la eléctrica solamente produce energía de fuentes renovables en el inmediato pasado (el año anterior) y es la única forma de asegurar el objeto que se persigue, en lo que atañe a la solvencia.

Es cierto que ambos términos están correlacionados y a medida que disminuya el consumo y producción de energías no renovables, las comercializadoras se acercarán a la acreditación de calidad A, es decir, certificado de origen y de calidad tenderán a ser iguales.

El resto de argumentos empleados por el recurrente prácticamente coinciden con los del recurso precedente, aunque con la cita de la nueva LCSP, por lo que ante un supuesto igual debemos dar por reproducidos los argumentos de entonces. Alega discriminación, sin ofrecer un tertium comparationis idóneo, puesto que más del 60% de las empresas comercializadoras disponen del etiquetado A. Existiría discriminación respecto de empresas que tuvieran las mismas condiciones, no sobre empresas distintas.

Se afirma que no se permiten medios de solvencia equivalentes, confundiendo las prescripciones técnicas con la solvencia técnica y las normas de

acreditación de gestión medioambiental del artículo 94 de la LCSP, con la misma solvencia.

Añade que el etiquetado de garantía no está previsto entre los medios de solvencia técnica del artículo 89 de la LCSP, a lo que solo cabe remitir a lo afirmado sobre la experiencia en la Resolución de este Tribunal precedente tantas veces citada: ‘La certificación exigida aparece como adecuada para acreditar la solvencia técnica relativa a las empresas comercializadoras de energía eléctrica en cuanto a garantizar que solo han sido suministradoras de energía 100% renovable y en sus garantías de origen no aparece otro tipo de energía. Por lo tanto es idónea para cumplir el cometido que el TRLCSP le asigna’.

Sobre la afirmación de que esta solvencia exigida incumpliría con los criterios de adjudicación del artículo 145.2.b de la LCSP, que incluye criterios medioambientales, solo cabe decir que los criterios medioambientales se consideran de inclusión potestativa, y que tratándose de un contrato que admite criterio único de adjudicación (artículo 145.3.g), el criterio cualitativo medioambiental no es necesario. Habida cuenta el objeto del contrato (adquisición de energías renovables) lo propio es la inclusión en la solvencia, y no en los criterios de valoración.

Acerca del incumplimiento del artículo 202.1 de la LCSP, esto es, que el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato contendrá, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución de las enumeradas en el apartado siguiente (‘Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica’), en la medida en que el Contrato exige mediante la

definición de su objeto que la energía a suministrar sea de origen exclusivamente renovable, está imponiendo, con meridiana claridad, una condición especial de ejecución contractual relativa a la reducción de gases de efecto invernadero y al fomento del uso de las energías renovables.

El motivo sexto relativo a las alegaciones del Grupo Naturgy al plan de contratación pública ecológica de la Administración General del Estado son completamente irrelevantes a los efectos del presente recurso.

Por todo lo anterior, el recurso debe ser desestimado.

En cuanto al recurso presentado en segundo lugar, el de Endesa Energía S.A.U., se extiende en la explicación de la Contratación Ecológica y la política al respecto del Ayuntamiento de Madrid, cuyos fines comparte.

Señala que a tenor de las Directivas pueden utilizars ‘etiquetas’ de terceros como criterios de solvencia, cumplidas unas condiciones, siempre y cuando los poderes adjudicadores que exijan una etiqueta específica acepten todas las etiquetas que confirmen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos equivalentes a efectos de la etiqueta. Supuesto que la Directiva 24/2014 define ‘etiqueta’ como ‘cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos’, lo único que cabe afirmar al respecto es que el certificado o garantía de origen no es equivalente al certificado de calidad de la comercializadora, a la garantía de calidad A.

En segundo lugar, se alega extensamente que el criterio de solvencia controvertido no satisface la finalidad perseguida por el poder adjudicador, porque no permite acreditar el origen renovable de la energía suministrada en ejecución del Contrato. Gran parte del motivo del recurso se basa en considerar que el Pliego exige el certificado de garantía de origen de la electricidad, en contra de lo previsto en el PCAP, que exige a los licitadores como condición de solvencia el etiquetado A de las empresas comercializadoras de energía eléctrica emitido por la CNMC, para después impugnar también la exigencia de este último. Se extiende, pues, en una serie de consideraciones contra la exigencia del certificado de garantía de origen de la electricidad, que incluso se han recogido por este Tribunal en nuestros

fundamentos de derecho anteriores sobre el recurso de Gas Natural Comercializadora como motivos de rechazo de sus pretensiones.

Así cuando afirma, por ejemplo, lo siguiente:

‘No acredita (el certificado de origen) que la energía producida (que no comercializada) a futuro sea 100% renovable, sino que la ya generada en un periodo temporal determinado previo tuvo tal origen renovable (consecuencia lógica de lo cual es que dicha Certificación no pueda obtenerse ex ante para justificar el origen de una energía que todavía está por producir).

Como señala el artículo 4.1 de la Orden ‘La garantía de origen es una acreditación, en formato electrónico, expedida a solicitud del interesado, que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producidos en una central, en un periodo temporal determinado, han sido generados a partir de fuentes de energía renovables o de cogeneración de alta eficiencia.

En el mismo sentido el apartado Tercero de la Circular 1/2018, de 18 de abril (BOE de 27 de abril), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, y que ha derogado a la Circular 6/2012, de 27 de septiembre.

El art. 8.4 de la Orden ITC/1522/2007, modificada por Orden IET/931/2015, y la Circular 1/2018 disponen sobre las solicitudes de expedición de las Garantías de Origen:

‘4º Una garantía de origen no podrá ser solicitada por adelantado en relación a la energía que vaya a ser producida’.

‘c) NO acredita el origen 100% renovable de la energía porque el Certificado GdO no discrimina entre la energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables y la de cogeneración de alta eficiencia’.

Toda esta argumentación de Endesa ya la hemos recogido ut supra para fundamentar la desestimación del recurso de Gas Natural Comercializadora S.A. De ahí que no se entienda la afirmación de que ‘la Certificación exigida en el PCAP es inidónea o no válida para el fin perseguido que es garantizar un suministro de energía eléctrica de origen 100% renovable’, puesto que no se ha exigido esa certificación.

A continuación, afirma que tampoco es conforme a Derecho exigir el certificado de garantía de calidad ‘que no está incluido dentro del listado cerrado de medios para acreditar la solvencia técnica en los suministros’, y ello porque la CNMC no es un instituto o servicio oficial encargado del control de calidad, y, por ende, no cumple con el artículo 80 de la LCSP:

‘1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios’.

Esta cuestión ya fue resuelta por la Resolución nº 110/2018 de este Tribunal, tantas veces citada, aunque con referencia al numeral 77.1.f del TRLCSP, al que nos remitimos.

En el motivo quinto ENDESA insiste en que el criterio de solvencia recurrido es desproporcionado, porque no garantiza que se suministre energía de origen cien por cien renovable a MADRID CALLE 30 en ejecución del Contrato, citando extensamente la resolución nº 160/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco. Al respecto, solo cabe decir que tratándose de un criterio de solvencia y no de una condición de ejecución del contrato, lo que se trata es que las empresas adjudicatarias por su certificación de calidad se encuentren a priori en condiciones de proporcionar solo energía procedente de fuentes renovables, no que efectivamente lo sea en su totalidad.

Alega desviación de poder por intentar, afirma, excluir a las grandes empresas comercializadoras de energía. Obviamente, la desviación de poder o uso de potestades administrativas para fines distintos de los previstos a tal fin en el ordenamiento jurídico ha de probarse por quien la alega, y Endesa no aporta prueba alguna al respecto, independientemente de que este supuesta intención de hacer

daño mal se compadece con que muchas de las grandes eléctricas dispongan de filiales que generan electricidad procedente exclusivamente de energías renovables como Naturgy (según se indicó más arriba) o han anunciado su creación, si no lo han hecho ya, como la propia Endesa (“El Confidencial”, 31 de julio de 2018).

En el último motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 74.2, 89.3 y 92 de la LCSP porque el anuncio de licitación del Contrato no se refiere a las condiciones de solvencia técnica.

Hemos de poner de manifiesto que esto supondría en todo caso una mera irregularidad no invalidante, porque lo cierto es que en los Pliegos del procedimiento publicados al día siguiente del anuncio de licitación, se deja constancia de este requisito de solvencia con toda claridad, por lo que cualquier interesado en optar a la adjudicación del Contrato pudo conocerlo de manera prácticamente inmediata, sin generarle indefensión alguna.

En consecuencia, el segundo recurso debe ser igualmente desestimado”.

Respecto de la solicitud de medidas cautelares, no argumentadas, al entrar en el fondo del asunto no cabe pronunciarse sobre la misma.

Séptimo.- Aunque no quepa apreciar la excepción de cosa juzgada material, sí cabe valorar la conducta procesal de los recurrentes.

No existe en este procedimiento la posibilidad de inadmitir los recursos cuando se hubieran ya desestimado otros sustancialmente iguales, como ocurre por ejemplo, respecto de la revisión de oficio de los actos administrativos o el propio recurso administrativo de revisión (artículos 106 y 126 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Este sería el destino natural de estos recursos porque ya se han desestimado pretensiones idénticas y en base a los mismos fundamentos, pero no contempla expresamente la LCSP esta causa de inadmisión.

No obstante, sí cabe apreciar temeridad y mala fe en la interposición del recurso especial en materia de contratación, porque siendo este potestativo, no se alcanza a comprender su interposición cuando existe doctrina ya consolidada del Tribunal sobre la materia, que ha sido ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en dos ocasiones y tienen pendiente de sentencia el recurso contra la Resolución de 2019. Es decir, cabe acudir directamente a la vía judicial y si esta cambia su doctrina se seguiría por este Tribunal Administrativo, pero no puede plantearse que el mismo cambie de doctrina a la vista de los antecedentes y sin un cambio normativo en la materia. No tiene forma de motivar un cambio de criterio.

El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se*

interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): “La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.*

Considerando que las recurrentes ha formulado en conjunto seis recursos por los mismos motivos e iguales alegaciones en distintos años y todos ellos han sido desestimados por los mismos fundamentos, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha ratificado los pronunciamientos, que no ha cambiado la normativa ni se alega, este Tribunal aprecia mala fe y temeridad en su actuación. Los recurrentes incluso solicitaron la adopción de la medida cautelar de suspensión de la licitación que ha sido combatida por extenso por el órgano de contratación.

Procede la imposición de la multa de 3.000 euros a cada uno de los recurrentes.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Acumular los recursos interpuestos por Gas natural Comercializadora S.A. y Endesa Energía S.A.U., contra el “anuncio de licitación y los pliegos de prescripciones administrativas particulares para la contratación del suministro de energía eléctrica renovable para Madrid calle 30, S.A. (2 lotes procedimiento abierto - Sara), código del expediente: 201900018”.

Segundo.- Desestimar los dos recursos especiales en materia de contratación, lo que lleva implícita la desestimación de la solicitud de suspensión.

Tercero.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición de los recursos por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, por importe de 3.000 euros por cada recurrente.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo.