

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Núm. 5 DE CADIZ

Avda. Juan Carlos I, Estadio Ramon de Carranza (Zona Preferencia) 1ª planta

Fax: 956 203 797 - Cuenta Consignaciones 1235. Tel.: 956 902 165

N.I.G.: 1101242C20170004734

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 708/2017. Negociado: P

Sobre: Nulidad

De: NEXUS ENERGIA S.A.

Procurador/a: Sr/a. JOSE EDUARDO SANCHEZ ROMERO

Letrado: Sr/a. JAVIER ALONSO ARRIZABALAGA

Contra: COMERCIALIZADORA ELECTRICA DE CADIZ S.A.U.

Procurador/a: Sr/a. MARIA FERNANDEZ ROCHE

Letrado: Sr/a. JAIME SUAREZ OCAÑA

SENTENCIA N. 70/2020

En Cádiz, a 6 de abril de 2020.

La Ilma. Dña. ANA Mª LÓPEZ CHOCARRO, Magistrado - Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cinco, celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario número 708/17 sobre reclamación de cantidad, promovidos a instancias de NEXUS ENERGIA SA, y en su representación el Procurador D. JOSE EDUARDO SANCHEZ ROMERO, y en su defensa el Letrado D. JAVIER ALONSO ARRIZABALAGA, contra COMERCIALIZADORA ELECTRICA DE CADIZ SAU, y en su representación el Procurador Dña. MARIA FERNANDEZ ROCHE y en su defensa el Letrado D. JAIME SUAREZ OCAÑA, ha dictado Sentencia en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora: Nexus Energía S.A presentó demanda frente a Comercializadora de Cádiz S.A.U en la que solicitó que se declarase la nulidad de la adjudicación del expediente nº SU16005 correspondiente a un contrato bilateral de suministro de energía eléctrica para la adquisición de energía eléctrica para su comercialización al consumidor final efectuada por Comercializadora Eléctrica de Cádiz S.A.U a favor de Endesa Energía S.A.U, mediante la decisión adoptada por el Consejo de Administración de aquella en sesión del 23 de diciembre de 2016, por haberse incumplido en el proceso de adjudicación el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas publicados así como los principios de transparencia e igualdad de trato que debían regir el mismo, ordenando retrotraer las actuaciones hasta el momento previo de la adjudicación para que por parte del órgano de administración se proceda a valorar nuevamente las ofertas presentadas conforme el contenido de PCAP y PPT. Subsidiariamente, en el caso de que no fuera posible retrotraer las actuaciones, se reconozca el derecho de Nexus a haber sido la adjudicataria del citado contrato por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, con la consiguiente indemnización por daños y perjuicios que con ello se ha ocasionado y que se cifra en el importe de 129294 euros, con costas.

La parte demandada contestó a la demanda oponiéndose a la reclamación en su contra. Solicitó la llamada al proceso de la entidad Suministradora de Cádiz que fue denegada por auto de fecha 28 de enero de 2019. Sostuvo en su demanda en

FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA
			1 / 8



primer lugar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario que fue expresamente rechazado en la audiencia previa. También se opuso por razones de fondo afirmando la legalidad y oportunidad del procedimiento de adjudicación y de la adjudicataria. Solicitó la imposición de costas.

SEGUNDO.- Convocadas las partes a la audiencia previa en fecha 23 de mayo de 2019 las partes mantuvieron la controversia; la parte actora concretó su reclamación en el petitum subsidiario ya que el contrato impugnado se ha cumplido, incluso se ha producido una nueva adjudicación; mantiene la petición de daños y perjuicios. Seguidamente se resolvió la excepción de falta de litisconsorcio planteada por la demandada en sentido desestimatoria. También se rechazó la alegación complementaria y prueba de la parte actora para combatir las conclusiones del perito de la parte demandada. Seguidamente, se fijaron por las partes los hechos controvertidos y se propuso la prueba: interrogatorio, documental, testifical y pericial en dos sesiones de juicio. Practicada la prueba, los letrados hicieron sus conclusiones y quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora en la audiencia previa concreta su demanda en el petitum subsidiario: que se reconozca el derecho de Nexus a la adjudicación del contrato bilateral de suministro de energía eléctrica para la adquisición de energía eléctrica para su comercialización al consumidor final (expediente nº SU16005) por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, y en consecuencia, se condene a la demandada a que le indemnice los daños y perjuicios que con ello se ha ocasionado en el importe de 129294 euros.

Combate en consecuencia la parte actora la adjudicación del contrato por parte del Consejo de Administración de Comercializadora Electrica de Cádiz S.A.U. en fecha 23 de diciembre de 2016 a favor de Endesa Energía S.A.U al considerar que era la oferta económicamente más ventajosa con un total de 96,52 puntos frente a Nexus que obtuvo 91,98 y Axpo Iberia S.L. 84,51 puntos.

La controversia por tanto se circunscribe a la actuación de la mesa y del órgano de contratación en la adjudicación del contrato y en concreto en la determinación de la oferta económica más ventajosa: criterios ponderables y fórmula de aplicación.

SEGUNDO.- Punto de partida es considerar que el contrato de suministro tiene naturaleza jurídica privada con arreglo al art. 20 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, hoy derogada, cuyo régimen jurídico de adjudicación está previsto en el art. 191 y 192 de dicha norma para entidades que no son Administración Pública, no están sujetas a regulación armonizada y la entidad actuante no es poder adjudicador.

Su actuación debe ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación entre los licitadores, debiéndose efectuar la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 2 / 8



Los criterios para valorar la oferta más ventajosa y su determinación por el órgano de contratación en el anuncio y en los pliegos de la licitación se regulan en el art. 150 de la citada norma.

En esta licitación: SU16005, en el anexo VII del pliego de condiciones administrativas particulares figuran los criterios de adjudicación y baremos de valoración: criterios ponderables en función de juicio de valor, 30 puntos; criterios ponderables de forma automática, 70 puntos.

TERCERO.- La parte actora considera que se han producido irregularidades en la valoración de los criterios sometidos a juicios de valor. Los criterios que se iban a valorar y que se contienen en el anexo VII no se corresponden con los subcriterios o conceptos que se tomaron en consideración según el informe de evaluación y puntuación del sobre numero dos de fecha 26 de octubre de 2016 firmado por los miembros de la mesa y que obra en el expediente administrativo (documento numero 16 de la demanda)

En concreto para valorar el concepto “de aseguramiento de un precio para un parte de la energía suministrada y de liquidar el importe correspondiente en la factura mensual junto con los otros conceptos” con 15 puntos de baremación se analizaron: los honorarios de coberturas, las garantías a aportar, el proceso de solicitud y facturación y la liquidación en factura mensual.

Respecto del criterio de “asesoramiento técnico sobre mercados OMIE y OMIP” con 5 puntos de atribución, la mesa analizó: la atención personalizada, el número de informes y la relevancia de los informes.

La crítica es que estos criterios valorativos no figuraban ni en el anuncio ni en el pliego, por lo que los licitadores desconocían su existencia y no pudieron ajustar su oferta atendiendo a estos parámetros, lo cual es contrario al principio de transparencia y de igualdad de trato. También alega que en el informe no se ofrece una explicación suficiente sobre la preferencia en el criterio de numero de liquidaciones por mes, de la propuesta de valores A2 de Endesa en vez de la propuesta de C2 de Nexus. En concreto plantea la parte actora que la valoración del primer apartado: 15 puntos para Endesa, 10 puntos para Nexus y 5 puntos para Axpo, supuso una ventaja de Endesa.

La entidad demandada contesta: los subconceptos no son introducidos ex novo sino que son conceptos esenciales incluidos en la documentación sin que pueda decirse ni que sean nuevos ni desconocidos y se remite a las razones expuestas en el informe de evaluación del sobre numero 2. En cuanto a la impugnación del criterio de liquidación por falta de fundamentación, en la contestación se explica la preferencia técnica del sistema de liquidaciones A2 en vez de C2.

CUARTO.- Respecto de los criterios ponderables de forma automática, la impugnación se basa en que no se incluyó en los Pliegos la fórmula a utilizar, pese a ser un elemento decisivo. Ante la ausencia de esta fórmula, la Mesa, conocidas ya las ofertas al abrirse la plica del sobre tres, solicitó a su asesor jurídico un informe en el que propone que tenga en cuenta el valor relativo que la propia baja



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 3 / 8



representase respecto del precio global de licitación. La Mesa hizo el cálculo tomando como referencia el precio de licitación de 16.000.000 euros y no las bajas individualmente consideradas en cada apartado. Consecuencia de la aplicación de esta fórmula es la reducción significativa de las diferencias entre las ofertas y que se llegue a una puntuación casi idéntica pese a que la oferta de Nexus respecto de los honorarios fuera de 0,2euros/ MWh y la de Endesa de 0,85 euros/MWh.

Comercializadora impugna el sistema de adjudicación de Nexus ya que ello puede conllevar a aceptar una oferta temeraria si un licitador hace una oferta con más de un 400% de diferencial sobre las demás, salvo que se pueden valorar las garantías como empresa y su solvencia. Entiende que la fórmula aplicada es acorde a los principios de la contratación pública, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En concreto se respeta la fórmula del criterio del precio más bajo, más puntos, impidiendo que las puntuaciones sean desproporcionadas en relación al presupuesto de licitación, considerando que así se cumple el principio de economía en la gestión de recursos públicos. Así se aplicaron los criterios de ponderación de forma automática teniendo en cuenta el valor relativo que la propia baja representaba respecto del precio global de licitación como elemento principal sobre el que aplicar la fórmula.

QUINTO.- Dejando al margen de estudio las irregularidades procedimentales y centrándonos en el debate según el pedimento subsidiario de esta demanda, el análisis del expediente administrativo de la licitación acompañado como documento numero 16 de la demanda en función del pliego de condiciones administrativas particulares y sus anexos, y las declaraciones de los testigos permiten afirmar que esta fue la primera licitación que hizo Comercializadora lo que explica cierta improvisación y dudas de criterio en la Mesa. El Sr. Acedo Alberto, técnico de comercializadora y vocal de la Mesa, explicó que ésta fue la primera licitación que se hizo con arreglo a la Ley de contratos del sector público, ya que antes se utilizaba un acuerdo marco, y que no tenían normas para la licitación utilizando las de Suministradora, incluyendo su web. Recuerda que hubo muchas consultas y conversaciones telefónicas con las empresas aunque no recuerda si alguna de ellas fue sobre la fórmula de valoración como así ha sostenido el Sr. Alberich que dijo que consultó en varias ocasiones cuál iba a ser la fórmula aplicable y que le dijeron que iba a ser la de proporcionalidad. Sostiene que recabaron el informe del asesor porque era la primera vez que hacían el contrato y querían respaldar que la decisión fuera la correcta. El Sr. Gómez Sánchez da cuenta de que en las nuevas licitaciones se están especificando la fórmula proporcional y que las discrepancias que existen en los pliegos se consultan con los ofertantes y se hacen públicas, pero en este caso no se hizo ya que Comercializadora no tenía web.

La segunda conclusión es un hecho innegable: la oferta de Nexus era casi cinco veces más barata que la de Endesa. La declaración del Sr. Alberich Huguet así lo afirma y no lo discuten ni el Presidente ni los vocales de la Mesa, a pesar de que todos ellos son firmes en que la oferta más baja no es globalmente la económicamente más ventajosa. Es tan evidente la diferencia en el precio de los honorarios que incluso el Sr. Molina Lápiz desliza que la oferta de Nexus era anormalmente baja aunque no se planteó que fuera temeraria. En cuanto a los



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 4 / 8



criterios de valoración discrecional, el Presidente afirma que los criterios de ponderación del informe no aparecen en el pliego porque ello sería redundante y afirma que lo que hicieron fue aplicar los criterios del pliego en función de las ofertas.

El perito Sr. Buixeda parte de una premisa que esta juzgadora comparte y que no hace sino confirmar lo expuesto en el párrafo anterior: ya que no hay fórmula expresa, la oferta ganadora debe ser la más ventajosa económicamente, es decir, la más barata: Nexus iba a cobrar de honorarios de gestión 48.000 euros y Endesa 204.000 euros. No parece económicamente discutible la propuesta más económica.

Dice el perito que de los 70 puntos de ponderación automática, se atribuyen 50 puntos según el precio de los honorarios; y a pesar de que Nexus hace una oferta de 0,20 frente a 0,85, se puntúa simplemente con la diferencia entre las dos ofertas de 0,48 puntos, lo cual no es sostenible con arreglo a criterios económicos.

Desde luego el planteamiento es irrefutable, aceptando que la fórmula más adecuada (no la que propone el perito de regresión lineal) y así se confirma en contratos posteriores, es la directamente proporcional: en euros /MWh para cada uno de los conceptos a valorar, tomando como precio máximo para cada uno de ellos el establecido en los pliegos y en concreto respecto de los honorarios de gestión: 1 euro/ MWh y respecto de las garantías de origen: 0,35 euro /MWh. Aceptamos la aplicación de la fórmula tal y como se plantea en la demanda por Nexus. En el informe presentado por Comercializadora: emitido por Ingebau Soluciones de Ingeniería S.L., y ratificado en la vista por el Sr. Berá Busto, evidencia también que siendo la oferta de Nexus cuatro veces más barata que la de Endesa y Axpo, le valor total del contrato difiere tan solo en 1,2%.

El criterio adoptado por la Mesa, tomando como base del cálculo el coste global de la energía a consumir, conduce a un resultado absurdo y claramente antieconómico ya que diluye por completo la oferta más barata, lo que quiebra también el criterio de proporcionalidad que, al parecer, se pretendía asegurar entre las ofertas.

El criterio se mantiene tras evacuar informe del asesor D. Jaime Jiménez Mateo, el cual no ha sido llamado a juicio. Plantea en su estudio que la fórmula debe respetar el criterio del precio más bajo más puntos, pero sin que las puntuaciones que se otorguen sean desproporcionadas en relación con el presupuesto de licitación, como aquellas que magnifiquen diferencias mínimas o que den lugar a resultados desproporcionados por bajas económicas no significativas. Estamos de acuerdo. El criterio de proporcionalidad y equilibrio en la valoración es plausible salvo que se llegue a una solución absurda. En efecto, si analizamos el informe, el Sr. Jiménez hace un repaso de diversas ofertas de licitadores en que con poca diferencia entre las bajas se llega a puntuaciones desproporcionadas. En nuestro caso, ocurre lo contrario. Se toma como referencia el precio global de la licitación que minimiza por completo la realidad de una oferta económica muy superior entre Nexus y la adjudicataria Endesa.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobfirmand.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 5 / 8



Entendemos que se llega a un resultado absurdo contrario al principio que exige el art. 192,2 del TR de la Ley de contratos del sector público estatal: la adjudicación del contrato deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa, utilizando criterios objetivos, que permitan un trato proporcional y equilibrado en los factores a ponderar, lo que no ha ocurrido en este caso. También se considera que se infringe el principio de control de gasto y de eficiencia en la gestión de intereses públicos.

Respecto de los criterios ponderables sometidos a juicio de valor, esta juzgadora considera también que la actuación de la Mesa y el informe en que explican los criterios utilizados para cada uno de los apartados a valorar conculca las normas básicas de publicidad, concurrencia y transparencia: se utilizaron subcriterios que los licitadores no conocían, imposibilitando que ajustaran sus ofertas a ellos por lo que resultó sorpresiva la adjudicación de los apartados 1 y 2 del sobre dos.

Uniendo estas dos reflexiones sobre la aplicación de los criterios ponderables por la Mesa y la decisión del Consejo de Administración de Comercializadora de adjudicar el contrato a Endesa por ser la oferta económicamente más ventajosa, podemos concluir que tal decisión no es acorde a la legalidad, ya que la oferta más ventajosa era la que presentó Nexus Energía S.A.

En consecuencia privada de la adjudicación del contrato, la actora debe ser indemnizada de los daños y perjuicios sufridos con arreglo al art. 1101 del CC.

SEXTO.- Y en cuanto a la indemnización que correspondería por la pérdida del contrato, el perito Sr. Buixeda concreta el importe de 129.558 euros. Su cálculo es sencillo: una previsión de ganancia de 132.000 euros y unos costes de operatividad de 2442 euros que extrae de un cálculo aproximativo de gastos de personal, servicios exteriores y gastos financieros, aplicando el 1,85% por dichos conceptos atendida la cuenta de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2016 y 2015 de Nexus). El perito de Comercializadora, Sr. Berná, considera que el beneficio que hubiera obtenido Nexus habría sido de 45027 euros y los costes indirectos 196,566 euros, lo cual supondría una pérdida para Nexus de -151,539 euros.

Esta juzgadora partiendo de los ingresos de 132.000 euros, no puede admitir el cálculo aproximativo de los costes del contrato que refiere el Sr. Buixeda. Debemos atender por tanto a los costes forzosos que describe y estudia el Sr. Berná: gestión de contrato, costes financieros de garantía y liquidación de garantías, a excepción de las garantías OMIE ya que Nexus como agente representante y que gestiona excedentes de energía, no tiene que asumir estas garantías OMIE.

Siguiendo el desglose del perito Sr. Berná que se aceptan por esta juzgadora se consideran gastos/costes que hubiera tenido que asumir Nexus en caso de adjudicación del contrato, los siguientes: - personal: 1920 euros, - coste financiero: 24822,36 euros, - financiación REE: 3866,88 euros, - garantías REE: 3225,14 euros, - Garantía de operación adicional: 1227,38 euros y Garantía en origen: 48000 euros. Total de gastos: 83061,76 euros. La diferencia con los ingresos supondría una pérdida de beneficios de 48938,24 euros.



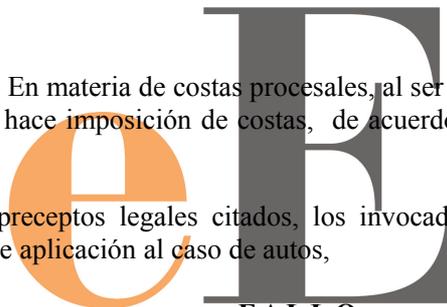
FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 6 / 8



Se fija como beneficio dejado de percibir por Nexus el importe de 48938,24 euros. Esta es la suma que la demandada debe satisfacer a la actora como indemnización de daños y perjuicios por la pérdida injusta de la adjudicación del contrato pese a ser la oferta económicamente más ventajosa con arreglo al art. 1101 y 1106 del CC.

SEPTIMO.- En materia de costas procesales, al ser una estimación parcial de la demanda, no se hace imposición de costas, de acuerdo con los criterios legales del art. 394 Lecc.

Vistos los preceptos legales citados, los invocados por la parte actora y demás de pertinente aplicación al caso de autos,



FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Sánchez Romero, en nombre y representación de Nexus Energía S.A frente a Comercializadora Eléctrica de Cádiz S.A.U, representada por la Procuradora Sra. Fernández Roche debo condenar y condeno a la demandada a satisfacer a la actora la cantidad de 48938,24 euros, sin hacer imposición de costas procesales.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN, en el plazo de VEINTE DÍAS desde la notificación, cuyo conocimiento corresponde a la Audiencia Provincial de CÁDIZ.

Para la admisión del recurso, la parte interesada deberá acreditar haber constituido el depósito de la cantidad correspondiente: 50 euros para apelación y 25 euros para reposición y revisión, ingresando dicha suma, para la tramitación del recurso de que se trate, en la cuenta del procedimiento de este juzgado abierta en la entidad B. Santander núm. 1235000005070817, todo ello de conformidad con la LO 1/09 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma procesal para la implantación de la oficina judicial, por la que se modifica la LO 6/1985 del Poder Judicial.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Ilmo. Señor Juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 7 / 8



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

eE

eE



Código Seguro de Verificación: 8MZLCT8KXNM5JJZCAG5PMQ4AQ5BFD7.
Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/code/8MZLCT8KXNM5JJZCAG5PMQ4AQ5BFD7>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ANA MARIA LOPEZ CHOCARRO	24/04/2020 13:13:42	EVA MARIA COBEÑA RONDAN	24/04/2020 13:37:45
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es	PÁGINA	8 / 8