



Recurso nº 193/2014

Resolución nº 914/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 5 de octubre de 2015

VISTO el recurso especial interpuesto por D. M.V.R., en representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA), contra los pliegos que han de regir la licitación convocada por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para la adjudicación del “Acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de combustibles de automoción” (AM 01/2014), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas convocó licitación para adjudicar, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el acuerdo marco antes citado. El recurrente formuló recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que finalizó por resolución de inadmisión de fecha 21 de marzo de 2014. La citada resolución fue objeto de recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional quien finalmente dictó sentencia de 11 de marzo de 2015 estimatoria, ordenando la retroacción de las actuaciones a fin de que se resuelva sobre el fondo. Por medio de la presente resolución se ejecuta la sentencia y resuelve el recurso.

Segundo. El recurso, en esencia, señala los siguientes motivos de impugnación:

- a) La cláusula XVII 6.2 contiene las previsiones del sistema de pago de los contratos basados, disponiendo: (...) El pago de los suministros efectivamente realizados se efectuará por períodos mensuales o trimestrales, con carácter general, según las necesidades de los organismos petitionarios. Este plazo se concretará en cada contrato basado y será decisión del órgano petitionario (...). Al establecer un período superior al mes, resulta que tal cláusula del pliego es contraria al artículo 226 del TRLCSP, de acuerdo con la redacción introducida por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, el cual establece un período de pago *los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de Obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados*, anudando importantes consecuencias en materia de intereses en caso de incumplimiento por aplicación de la ley 3/2004. Además, entiende que estos plazos, entre uno y tres meses, implican la consecuencia necesaria de perjudicar el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo establecido en el artículo 217 para reclamar el pago de la deuda.
- b) Considera que el valor estimado del contrato se encuentra indeterminado, pues, aun cuando se cifra en la cláusula VI en 231.937.500,00 €, no tiene en cuenta la previsión de adhesión al sistema de contratación centralizada de la cláusula II por parte de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como los organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas y las sociedades y fundaciones y los restantes entes, organismos y entidades del sector público. Esta circunstancia afecta a las ofertas a presentar puesto que los licitadores no conocen el valor final del acuerdo marco y, en definitiva, implica un incumplimiento del artículo 88.1 del TRLCSP, en relación con el artículo 106 de la misma norma.
- c) Considera que el término biocombustible usado en el pliego para establecer el objeto de suministro no se encuentra suficientemente definido ya que en modo alguno se determina o especifica en los referidos Pliegos (PPT y PCAP) el tipo de biocombustible al que se refiere, su grado de pureza, mezcla, en qué porcentaje (20%, 30%, etc.), circunstancias estas que, ante la amplia variedad de opciones existentes y ante el valor de los aditivos que inciden de manera directa en el precio producto suministrado, traen como consecuencia la imposibilidad de que por parte de

los licitadores se pueda presentar una oferta ajustada al coste real del producto que se vaya a suministrar. Esta circunstancia infringe el artículo 86 del TRLCSP *"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado."*

- d) En los lotes 1 y 2 se han establecido dos criterios de adjudicación: porcentaje de descuento 50 puntos y cobertura territorial 50 puntos. Respecto de la cobertura territorial se señala en los Criterios de adjudicación del lote 1 que, *"Se valorará el mayor número de localidades en las que se garantiza la cobertura del suministro por encima del exigido como solvencia técnica, fijada al menos en cuatro localidades en el ámbito geográfico del lote 1."*

A aquellos licitadores que oferten la cobertura mínima exigida como solvencia técnica se les asignarán cero puntos y 50 puntos a la oferta que presente el mayor número de localidades con cobertura...". Estos criterios de adjudicación entran en abierta contradicción con lo dispuesto en la Ley 11/2013, de 16 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo ya que obstaculizan y restringen la competencia en el sector de hidrocarburos, discriminando de forma directa a los operadores que tengan menos presencia en el ámbito territorial de cada uno de los lotes en favor del operador de mayor presencia. Asimismo, considera la previsión contradictoria con la disposición transitoria quinta, se establece que los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 % no podrán suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos, con independencia de quien ostente la titularidad o derecho real sobre la misma.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el oportuno informe en el que analiza las diversas alegaciones del recurso y adjunta informe sobre el PCAP que fue solicitado a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Dichas alegaciones pueden resumirse del siguiente modo:

- a) Reduce el primer motivo a una cuestión de interpretación. El recurso interpreta la expresión "El pago de los suministros efectivamente realizados se efectuará por períodos mensuales o trimestrales, con carácter general, según las necesidades de

los organismos peticionarios” de forma errónea. Dicha expresión no se refiere al período de pago sino al período de facturación, *es decir, que los pagos se efectuarán por los consumos que se realicen en esos períodos*. De hecho, la propia cláusula establece: "El pago de los suministros se efectuará por el organismo peticionario, según lo previsto en las normas que regulen el procedimiento para el pago de sus obligaciones". Esto queda igualmente claro en la cláusula XVI.6.1. que regula el pago igualmente, pero en referencia a los organismos incluidos en el ámbito subjetivo del artículo 206 del TRLCSP.

- b) Con cita del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/2012 analiza la cuestión del valor estimado de los Acuerdos Marco. En primer lugar indica que el precepto de referencia invocado por el recurrente, esto es, el artículo 88.1 del TRLCSP, no es el correcto, al tener los acuerdos marco una norma específica, el 88.8 de la misma norma. *Además, la indeterminación que se alega es consustancial a la figura del acuerdo marco. No existe obligación de calcular un valor estimado si bien en este caso se ha hecho el esfuerzo de calcular el valor estimado del acuerdo marco en relación con los entes del artículo 206.1 TRLCSP para que constituya un límite de referencia para aquellos operadores que no tienen contratos actualmente con la Administración.*
- c) En relación a las deficiencias en la definición del objeto del contrato sobre los biocombustibles, el informe señala que: *1. El acuerdo marco cuyos pliegos se impugnan, se enmarca en el procedimiento especial de adopción de tipo del artículo 206.3.b) TRLCSP, y, a través de él, se pretende obtener un tipo de descuento único para todos los tipos de combustibles de automoción que se surten a través de estaciones de servicio; 2. El acuerdo marco cuyos pliegos se impugnan, se enmarca en el procedimiento especial de adopción de tipo del artículo 206.3.b) TRLCSP, y, a través de él, se pretende obtener un tipo de descuento único para todos los tipos de combustibles de automoción que se surten a través de estaciones de servicio; 3. El suministro de biocombustibles sólo es obligatorio en las estaciones de servicio que dispongan de él; 4. El precio ofertado por los combustibles depende de la segunda licitación, del contrato basado, lo que licita es el tipo de descuento aplicable a los combustibles de automoción y serán los operadores los que tengan que analizar sus estructuras de costes para poder presentar las ofertas correspondientes a riesgo y*

ventura de los mismos; 5. Por lo tanto, el coste de los biocombustibles en comparación con sus homólogos de procedencia 100% mineral, no da lugar en ningún caso a mayores precios finales de venta al público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. Al amparo del artículo 40.2 del TRLCSP pueden ser objeto del recurso el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas, todos ellos los documentos contractuales que establecen las condiciones que rigen la contratación de acuerdo con el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

Tercero. El recurrente ostenta legitimación, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. Considera el recurrente que la cláusula XVI 6.2 del PCAP es contraria al artículo 206, introducido por la Ley 11/2013 de 16 de julio, al establecer un plazo de pago entre uno y tres meses, cuando necesariamente debe ser de un mes. El órgano de contratación, sin embargo, entiende que existe una interpretación errónea por parte del recurrente que confunde período de pago con período de facturación, sin que el pliego pretenda habilitar a los contratos basados para establecer un período de pago superior, hasta tres meses.

Para interpretar la cláusula en cuestión hay que atender a los criterios generales de nuestro ordenamiento, tanto referidos a la interpretación normativa como contractual, artículos 3 y 1281 a 1289 del Código Civil. La primera interpretación debe ser la gramatical, y la opción interpretativa ofrecida en el recurso no se corresponde el significado de la preposición “por”, que en el texto interpretado se refiere a los períodos de facturación establecidos en el contrato, mensuales o trimestrales, pero no al plazo de pago, el cual se difiere a la normativa concreta que regula los procedimientos de pago en cada supuesto. Además, realizando una interpretación sistemática, en relación con el

contexto y antecedentes, e interpretando las cláusulas del pliego unas por otras, resulta que el período al que se refiere el inciso primero de la cláusula XVII 6.2 es el período de prestación del suministro que es objeto de facturación y no el período de pago. Es en los contratos basados en los que puede establecerse el período de facturación de suministro realizado, el cual puede ser establecido mensual o trimestralmente, como señala la cláusula XVII.1.1. El pago de esos suministros se efectúa en el caso de la cláusula XVII.6.1, en los términos del artículo 216.4 del TRLCSP y en el caso de los organismos adscritos de la cláusula XVII.6.2 de acuerdo con la normativa que regule sus pagos. Como explica el órgano de contratación *la única diferencia es que no se cita en la cláusula impugnada expresamente el citado artículo 216.4 TRLCSP porque si bien todos los entes y organismos incluidos en el ámbito subjetivo definido en el artículo 206.1 del TRLCSP (cláusula XVI 6.1 PCAP) están sujetos al artículo 216 TRLCSP, en el caso de los adheridos, que son los indicados en la cláusula II del PCAP, esto no es así dado que se encuentran tanto administraciones públicas como sociedades mercantiles o fundaciones cuyas normas que regulan el procedimiento para el pago de sus obligaciones son las relativas a la morosidad (Ley 312004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales).*

Quinto. En lo que al valor estimado del contrato se refiere debe seguirse el criterio del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/2012, en el que a su vez, basa el suyo el órgano de contratación para solicitar que no se estime este motivo, y por ello procede una remisión general. El valor estimado en los acuerdos marco cumple unas funciones determinadas, pero no opera como límite cuantitativo del contrato porque no puede ser determinado con exactitud desde el principio: *Además, si dicho concepto operase como importe limitativo del total de los futuros contratos, perdería toda utilidad y, por otra parte, sería de imposible cálculo, ya que nunca se podrá saber con certeza la cuantía global de todos los contratos que se vayan a celebrar basándose en el mismo, máxime en los casos en los que en ese acuerdo marco participen varias administraciones públicas, como varias Comunidades autónomas o varias Corporaciones locales.* En definitiva, el órgano de contratación fija el valor estimado del contrato al amparo del artículo 88.8 del TRLCSP con la finalidad de determinar la sujeción a la regulación armonizada, régimen de publicidad y recursos. Pero a partir de ahí la indeterminación del valor del contrato trae causa, precisamente, de ser un acuerdo marco y, además, en este

caso, sujeto a las eventuales adhesiones contempladas en los artículos 205 del TRLCSP, y por ello no hay vicio de ilegalidad en que no se haya podido determinar con exactitud sino solo aproximadamente.

Sexto. El recurso considera que existe indeterminación del objeto del acuerdo marco en relación a los biocombustibles. Entiende que en modo alguno se determina o especifica en los referidos Pliegos (PPT y PCAP) el tipo de biocombustible al que se refiere, su grado de pureza, mezcla, en qué porcentaje (20%, 30%, etc.), circunstancias estas que, ante la amplia variedad de opciones existentes y ante el valor de los aditivos que inciden de manera directa en el precio producto suministrado, traen como consecuencia la imposibilidad de que por parte de los licitadores se pueda presentar una oferta ajustada al coste real del producto que se vaya a suministrar. Sin embargo, la alegación no puede ser estimada. La licitación es de un acuerdo marco para la adopción de tipo, como recuerda el órgano de contratación. Sería contrario a este instrumento contractual alcanzar el grado de detalle propio de los contratos de suministro. Aquí no se está licitando un “gran” contrato de suministro, sino un acuerdo marco para la adopción del tipo de descuento al que están dispuestos los adjudicatarios. Será la Administración o ente correspondiente quien, en el contrato basado, concrete sus necesidades y las características, en su caso, de los combustibles. En función de ello podrán los licitadores ajustar sus ofertas a dichos contratos basados. A los efectos del acuerdo marco para la adopción de tipo la referencia general al Real Decreto 61/2006 se considera que determina suficientemente el objeto.

Séptimo. En los lotes I y II se establece la asignación de 50 de los 100 puntos a la implantación territorial. Al licitador que presente el mínimo de implantación territorial se le asignan 0 puntos y al que más 50 puntos, distribuyéndose la puntuación intermedia en función de determinada fórmula establecida en los pliegos. El recurrente realiza una alegación en interés de los operadores con poca implantación territorial en cada lote. Hay que entender lotes I y II, y no los restantes que establecen diversos sistemas de puntuación y a los que no se refiere el recurso. En esencia, sostiene que este sistema de puntuación favorece a los operadores que tienen gran implantación, pero perjudica a los operadores con poca o menor implantación. Considera que los que tengan mayor

implantación obtendrán mayor puntuación que los de menos implantación y que se trata de una medida discriminatoria y contraria al desarrollo de la competencia.

Sin embargo, la primera finalidad de la contratación del sector público es satisfacer las necesidades del ente contratante. Y como pone de manifiesto con claridad el informe del órgano de contratación: *Como criterio de valoración es igualmente interesante para el interés público el descuento y la implantación territorial ya que, en caso contrario, los descuentos pueden ser muy elevados pero compensarse con los desplazamientos a realizar a las estaciones de servicio.* Una cosa es que los pliegos no puedan incorporar cláusulas contrarias a la competencia o discriminatorias y otra, muy distinta, que los pliegos sean un instrumento que deba en primer lugar buscar la competitividad de la economía. La distribución por mitad de los puntos entre el porcentaje de descuento y la implantación territorial no es en sí mismo discriminatorio. Además, el respeto a las normas de competencia puede realizarse por el órgano de contratación en base a otras previsiones, como son un umbral mínimo de 4 localidades de implantación para poder licitar, seleccionar para el acuerdo marco a todos los licitadores que alcancen 40 puntos, entre implantación territorial y descuento, o *la fórmula* adoptada para valorar el descuento que, *permite obtener una puntuación cercana a 50 puntos aunque no sea el mejor descuento ofertado.*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D. M.V.R. en representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA), contra los pliegos que han de regir la licitación, convocada por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para la adjudicación del *“Acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de combustibles de automoción”* (AM 01/2014).

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.