



Roj: **SAN 3877/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3877**

Id Cendoj: **28079230042017100408**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **752/2015**

Nº de Resolución: **467/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000752 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 07144/2015

**Demandante:** COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U

**Procurador:** DON JORGE DELEITO GARCÍA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **752/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido la **COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U** representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, y asistida del Letrado D. Eduardo García Rodríguez, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de octubre de 2015, desestimatoria del recurso especial en materia contractual deducido por la demandante frente los pliegos (Pliego de Prescripciones Técnicas y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) de la licitación para la adjudicación del Acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de automoción: y en que la Administración demandada ha estado representada por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 3 de diciembre de 2016 declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 11 de diciembre de 2015, con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que verificó mediante escrito presentado el 18 de abril de 2016, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

(...) que habiendo por presentado este escrito en tiempo y forma legales, conjuntamente con el expediente administrativo que se devuelve, y con la copia prevenida, tenga por formulada la **DEMANDA** del recurso contencioso - administrativo nº 752/2015, en nombre de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., y estimándolo, previos los trámites pertinentes **dicte Sentencia** por la que declare:

- Nula de pleno derecho, o en su caso anulable, y sin efecto la Resolución recurrida por ser contraria a Derecho.

- La anulación de las cláusulas/prescripciones de los actos impugnados

(PPT y PCAP), ordenando la retroacción de actuaciones al momento previo a su publicación, se publiquen nuevamente los mismos con las modificaciones derivadas del presente recurso, continuando dicho expediente de contratación por los trámites legales oportunos.

- El reconocimiento de la situación jurídica individualizada de mi representada consistente en su derecho a que con estimación de lo solicitado en el Recurso Especial en Materia de Contratación interpuesto en fecha 6 de marzo de 2014 y reiterado en el presente procedimiento, se modifiquen tanto el PCAP como el PPT, al objeto de que pueda, en su caso, concurrir al AM con las modificaciones derivadas de la estimación de dicho recurso, procediéndose nuevamente a la adjudicación del mismo.

- Condenando, en consecuencia, a la Administración demandada a estar y pasar por estas declaraciones, todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada. .

**TERCERO.-** En fecha 6 de mayo de 2016, el Sr. Abogado del Estado contestó la demanda, y terminó suplicando que se dictara sentencia desestimando la misma y declarando de conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora.

**CUARTO.-** Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** En este proceso se enjuicia la conformidad a Derecho de la Resolución de 5 de octubre de 2015, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), desestimatoria del recurso especial en materia contractual deducido por la demandante frente los pliegos (Pliego de Prescripciones Técnicas y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) de la licitación para la adjudicación del Acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de automoción (en adelante Acuerdo Marco).

**SEGUNDO.-** La primera cláusula frente a la que la demandante dirige sus reproches es la señalada Cláusula X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la que se establecen criterios de adjudicación de los distintos lotes. Tanto respecto del lote 1 como del lote 2, se establece un máximo de 50 puntos en función de los descuentos ofertados y otros 50 puntos en función de la cobertura territorial de la licitadora, ya que el objeto del contrato es el suministro de combustible mediante estaciones de servicio. Por lo que respecta a la valoración de la cobertura territorial, se establece una puntuación de cero puntos a los licitadores que únicamente garanticen el suministro en el mínimo exigido como solvencia técnica de cada lote, mientras que se asignan cincuenta puntos a quienes garanticen el suministro en el mayor número de localidades, ponderándose a los licitadores intermedios mediante la fórmula incluida en la cláusula. En concreto, al regular este criterio de adjudicación se dispone respecto del lote1:

Se valorará el mayor número de localidades en las que se garantiza la cobertura del suministro por encima del exigido como solvencia técnica, fijada en al menos 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....



Y en relación con el lote dos se dispone:

Se valorará el mayor número de localidades en las que se garantiza la cobertura del suministro por encima del exigido como solvencia técnica, fijada en al menos las localidades definidas en el anexo I de este pliego:

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...

**TERCERO.-** Frente a estas cláusulas, de contenido semejante, se dirigen dos reproches que, si bien en la demanda se instrumentan separadamente, están íntimamente relacionados, razón por la cual los abordaremos de modo conjunto.

Se aduce que los criterios de adjudicación fijados en el PCAP vulneran el principio de libre competencia en relación con el principio de concurrencia, así como los principios de igualdad y proporcionalidad. Concretamente se alude a que la asignación de 50 puntos al licitador que oferte el mayor número de localidades con cobertura de suministro y 0 puntos a los que únicamente oferten la cobertura mínima establecida como criterio de solvencia técnica, vulnera los indicados principios, establecidos como rectores de la contratación pública en el art. 1 de la TRLCAP. Para ello traen a colación los informes emitidos por la CNMC sobre aquellos aspectos que más comprometen los indicados principios, así como la STS de 19 de septiembre de 2000, y, muy especialmente la STS de 10 de febrero de 2010, la cual transcribe parcialmente. Recoge también la demanda la doctrina del TJCE de la que sería exponente la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (Wienstrom, C-448/01 68-71) y otras que la aplican, según la cual quiebran el principio de proporcionalidad los criterios de adjudicación que valoren aspectos no necesarios para la prestación del servicio licitado o que valoren una capacidad que exceda la que resultaría precisa para cumplir la prestación que constituya el objeto del contrato. En el asunto resuelto en la citada Sentencia del TJCE se valoraba la capacidad de generar una cantidad de energía procedente de fuentes renovables que sobrepasaba el consumo anual previsible fijado en la licitación en relación con el objeto del contrato. De manera que, en tales casos, la exigencia acaba primando a los licitadores de mayor tamaño aun cuando el resto o algunos de ellos estuvieran en condiciones de prestar el servicio de manera eficiente para el fin pretendido. Sostiene que en el presente supuesto la prima de valoración que se otorga a los competidores con mayor implantación territorial resulta discriminatoria porque favorece a las empresas de mayores dimensiones, de modo que las de menor tamaño tienen que operar sobre el descuento para tener alguna opción, lo que además vulnera también los principios establecidos 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 (fundamento quinto de la demanda).

**CUARTO.-** Ciertamente la STS de 10 de febrero de 2010, esgrimida por el demandante, consideró nula una cláusula que establecía una puntuación excesiva para un aspecto (el conocimiento del terreno por parte de los pilotos en un contrato sobre el servicio de extinción de incendios) que por la naturaleza del servicio a prestar resultaba injustificada, con el efecto de limitar la competencia injustificadamente (en aquel caso porque la navegación aérea adecuada para la extinción de incendios era visual, de modo que convertía en irrelevante el conocimiento del terreno). Ahora bien, la demanda expone en abstracto los criterios jurisprudenciales sentados al respecto, pero no concreta ni razona cumplidamente las razones por las cuales la cobertura territorial del suministro no guarda relación de coherencia con el servicio a prestar, limitándose a afirmar que la cláusula en cuestión incurre en causa de anulabilidad del art. 33 del TRLCAP. Esta Sala ya ha declarado, parafraseando lo afirmado con reiteración por el Tribunal Constitucional, que no nos corresponde reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto, por ser carga procesal de la parte no solamente abrir la vía para que podamos pronunciarnos, sino también proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar... ( STC 96/2015, de 25 de mayo, entra otras muchas).

Pero es que además, resulta palmario que la mayor cobertura territorial del suministro incide necesariamente en la agilidad con la que el suministro de combustible puede realizarse, así como en el coste que ha de soportar la Administración contratante en la medida en que disminuyen los gastos de desplazamiento hasta el punto de suministro, razón por la cual la cláusula está ordenada a la mayor eficiencia propia de los acuerdos marco en la que se inserta. Se trata por ello de una cláusula justificada en la mayor economía de la prestación llamada a ser contratada y a la mejor prestación del servicio cuyo efecto distorsionador de la competencia no se ha justificado más que por referencias genéricas a la doctrina jurisprudencial recaída al respecto, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Más allá de estas referencias genéricas la demanda no contiene elementos que nos permitan valorar si el peso específicamente atribuido a la cobertura territorial acaba por primar una capacidad innecesaria para la prestación del servicio licitado, que es precisamente lo que ocurría en los asuntos resueltos en la jurisprudencia citada. A ello ha de añadirse que no resulta procedente realizar un análisis aislado de cada una de las cláusulas de los pliegos, toda vez que el respeto a las reglas de la competencia puede también derivarse del conjunto de todas ellas. Así, tal como pone de manifiesto el órgano de contratación, existen otras determinaciones que contribuyen a mitigar que



el peso de la implantación territorial en la valoración de las ofertas produzca el pretendido efecto denunciado (aunque no acreditado) por la demandante. Tales determinaciones de los pliegos serían la selección para el acuerdo de todos los licitadores que alcancen 40 puntos entre implantación territorial y descuento, así como que la fórmula de valoración del descuento permite obtener una puntuación cercana al máximo de 50 puntos a una propuesta que no ofrezca el mejor descuento.

Por ello estos motivos del recurso no pueden prosperar.

**QUINTO.-** La segunda de las cláusulas impugnadas es la Cláusula XVII 6.2, según la cual:

El pago de los suministros efectivamente realizados se efectuará por períodos mensuales o trimestrales, con carácter general, según las necesidades de los organismos peticionarios. Este plazo se concretará en cada contrato basado y será decisión del órgano peticionario (...).

La demandante sostiene que la previsión de que cada contrato basado prevea un plazo de uno o tres meses para el pago de los suministros vulnera el art. 216 TRLCSP que establece un plazo de treinta días, con devengo de intereses y reintegro de los costes de cobro si la Administración superase estos límites. Además, este plazo de treinta días es el *dies a quo* establecido en el art. 217 TRLCSP para requerir de pago a la Administración e iniciar el proceso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración si transcurre un mes sin obtener contestación por su parte.

Frente a esta argumentación el TARC sostuvo en la resolución recurrida que la preposición por 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, sigue razonando el TARC, 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 se hará 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)*.

Pues bien, la Sala comparte el razonamiento del TARC al interpretar la cláusula controvertida, de modo que el establecimiento de un plazo de facturación, lógico en un contrato de suministro de la naturaleza del enjuiciado, no condiciona ni restringe el plazo legalmente establecido para el cobro de las cantidades reconocidas en razón del suministro. Este criterio no ha sido, por lo demás, cuestionado en la demanda, en la cual simplemente no se rebate la resolución del TARC, siendo como es esta resolución el acto administrativo impugnado e incluyendo un razonamiento acabado sobre los motivos de impugnación ante él suscitados.

**SEXTO.-** Se aduce también que la Cláusula II del PCAP, en cuanto prevé la adhesión de otras administraciones, conduce a la indeterminación del valor estimado del contrato.

Considera la demandante que teniendo en cuenta que el valor estimado fijado en la Cláusula VI en 231.937.500 € no incluye el valor resultante de la posible adhesión al Acuerdo Marco de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, así como los Organismos Autónomos y Entes Públicos dependientes de ellas y de las Sociedades y Fundaciones y restantes entes, organismos y entidades del sector público, previstas en la Cláusula II, se está impidiendo que los licitadores puedan valorar los efectos de esas modificaciones/adhesiones al efecto de formular la oferta más adecuada, motivo por el cual debe anularse la misma de conformidad con lo previsto por el artículo 33 del TRLCAP en relación con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tal alegación no es sino reproducción de la efectuada en el recurso especial, la cual tuvo respuesta en la resolución del TARC directamente impugnada aquí. Sostuvo el TARC en su resolución que 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. 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. En definitiva, la fijación del valor estimado del contrato al amparo del artículo 88.8 del TRLCSP cumple 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.

Frente a dicha argumentación, que la Sala considera ajustada a Derecho, nada se razona en la demanda, que, como ya se dijo, argumenta al margen de la respuesta ofrecida por el TACRC en al vía previa a la jurisdiccional.

**SEPTIMO.-** En el último de los motivos de impugnación se sostiene que el juego combinado de la cláusula 2 del Pliego de Condiciones Técnicas y de la Cláusula I del PCAP conducen a la indeterminación del objeto de Acuerdo Marco, contraviniendo así el art. 86 del TRLCSP que establece que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. La razón estribaría en que se establece que los combustibles de automoción objeto del acuerdo marco son, entre otros, biocombustibles. Sin embargo, en modo alguno se determina o especifica el tipo de biocombustible al que se refiere, su grado de pureza, mezcla, en qué porcentaje, 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 del producto suministrado, trae como consecuencia la imposibilidad de que por parte de los licitadores se pueda presentar una oferta ajustada al coste real del producto que haya a suministrar.

Sucede con este motivo del recurso lo mismo que con el anterior. La resolución impugnada dio respuesta a la misma alegación, considerando que la licitación es de un acuerdo marco para la adopción del tipo de descuento al que están dispuestos los adjudicatarios. De suerte que sería contrario a este instrumento contractual alcanzar el grado de detalle propio de los contratos de suministro. Será la Administración o ente correspondiente quien, en el contrato basado, concrete sus necesidades y las características, en su caso, de los combustibles, y 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, de 31 de enero, por el que se determinan las especificaciones de gasolinas, gasóleos, fuelóleos y gases licuados del petróleo y se regula el uso de determinados biocarburantes, identifica suficientemente el objeto. Sin embargo, la impugnación nada rebate de esta argumentación que, por lo demás, la Sala comparte.

**OCTAVO.-** En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA , procede su imposición a la recurrente.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don Jorge Deleito García, en nombre de la **COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U**, contra la Resolución de 5 de octubre de 2015, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), desestimatoria del recurso especial en materia contractual deducido por la demandante frente al Pliego de Prescripciones Técnicas y al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para la adjudicación del Acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de automoción.

**IMPONER LAS COSTAS** a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.