

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

En Madrid, a 11 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Petroprix Energía, S.L. (en adelante PE) contra los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares que rigen el contrato de “Suministro de combustible para vehículos municipales”, de la Concejalía Delegada de Hacienda y Régimen Interior del Ayuntamiento de Arganda del Rey, número de expediente 27/2019/27009, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 13 de mayo de 2020 se publicó, respectivamente, en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de convocatoria de la licitación del contrato de suministro mencionado de gasoil tipo A, y gasolina 95 y 98 octanos, a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio único precio, sin división en lotes. El valor estimado del contrato asciende a 272.727,27 euros, para un plazo de ejecución de 24 meses, prorrogable por igual periodo hasta un máximo de 48 meses.

El plazo de presentación de ofertas finaliza el 9 de junio estando prevista la apertura de ofertas el 11 de junio de 2020.

Segundo.- Con fecha 27 de mayo de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación en el que la recurrente solicita *“suprimir, por ser discriminatorio y no conforme a derecho, el criterio único de adjudicación del contrato, establecido tanto en la Cláusula XVII del Pliego de Cláusulas Administrativas como en el punto 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, y sustituir dicho criterio por el de adjudicación del contrato a aquel licitador que oferte el precio final de venta del combustible más barato, tras haber aplicado el porcentaje de reducción al precio fijado en los monolitos de las gasolineras, con independencia de cuál sea ese porcentaje”*. Asimismo, solicita *“Que previamente a resolver el presente Recurso, se acuerde la adopción de la medida cautelar solicitada, consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación, hasta tanto se resuelva el presente Recurso Especial”*.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 2 de junio de 2020, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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), solicitando la desestimación del recurso por no considerar vulnerada la competencia, según los motivos expuestos en el informe del técnico redactor del pliego de condiciones técnicas, sin pronunciamiento expreso respecto a la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- La tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro se encuentra suspendida por Acuerdo del Tribunal de 4 de junio de 2020, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, por considerar conveniente decidir sobre el fondo del asunto con anterioridad a que se proceda a la apertura de las ofertas presentadas a la

convocatoria recurrida, prevista para el 11 de junio de 2020, ante la posibilidad de que la resolución que se adopte pueda suponer la retroacción de actuaciones. Además, se considera procedente suspender el procedimiento de contratación, incluido el plazo concedido para presentación de ofertas en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.4 de la LCSP, dado que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el 9 de junio de 2020, y que se trata de una adjudicación mediante procedimiento abierto con un solo criterio de adjudicación en el que la impugnación versa sobre el criterio precio establecido en los pliegos. Por otra parte, en atención a los breves plazos de resolución del recurso es difícil que se puedan producir apreciables perjuicios tanto al órgano de contratación como a los posibles interesados en el procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de PE para la interposición del recurso, por tener interés en licitar al contrato, y comprender su objeto social la comercialización de combustibles, carburantes y lubricantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos*

derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso, en su condición de Administrador único de la empresa.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 27 de mayo de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que el anuncio de licitación se ha publicado en el perfil de contratante el 13 de mayo de 2020.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si el criterio de adjudicación único precio que se establece en los pliegos que rigen el suministro es conforme a derecho.

Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso la transcripción de las cláusulas III y XVII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y 2.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPTP).

Cláusulas del PCAP:

“III.- PROCEDIMIENTO Y FORMA DE ADJUDICACIÓN. (...)

La adjudicación del contrato se realizará utilizando un solo criterio de valoración, el precio, conforme al art. 146.1”.

“XVII.- CRITERIOS BASE PARA LA ADJUDICACIÓN. El contrato se adjudicará a aquella oferta que presente un mayor porcentaje de reducción del precio por litro en

monolito de estación de servicio, donde se suministre el combustible, según el punto 2.2. del Pliego de Condiciones Técnicas, siendo el peso del porcentaje de reducción de dicho precio de un 85,54% para el gasoil y de un 14,46% para la gasolina (sin distinción de octanaje).

En el caso que la reducción del precio monolito ofertado por la licitadora sea superior a 25 unidades porcentuales la licitadora deberá justificar dicha reducción de acuerdo con el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001 si solo hubiese una licitadora; si hubiese varias se debería estar igualmente a lo dispuesto en dicho artículo.

En ningún caso el porcentaje de reducción del precio en monolito en gasoil podrá ser inferior al menor de las gasolinas y si lo fuera se tendrá por descuento en gasoil el mayor ofertado en gasolina.

No se consideran otros criterios de adjudicación por la naturaleza del contrato que es únicamente el suministro de combustible por estaciones de servicio sitas en el término municipal de Arganda del Rey”.

Prescripción 2.2 del PPTP:

“2.2.- Precio

“Al estar en la actualidad liberados los precios del gasóleo y gasolina, el mejor precio se obtendrá de acuerdo con el que oferte cada empresa.

El contrato se adjudicará a aquella empresa que licite un mayor descuento en precio litro de combustible según poste monolito de estación de servicio donde se suministre el mismo.

Para ello el adjudicatario junto con cada factura deberá entregar una declaración responsable en la que aparezca reflejado cual es el valor del mencionado precio monolito el día del suministro. Dicho documento podrá ser conjunto para cada uno de los días que Incluya la facturación correspondiente, según modelo de anexo I.

En caso de disconformidad de la Administración con el precio comunicado por la empresa, se comunicará a la adjudicataria con motivación de dicha disconformidad para que en el plazo de 5 días hábiles aleguen lo que estimen

oportuno. Vistas las alegaciones se resolverá la disconformidad mediante resolución”.

La recurrente impugna las cláusulas XVII del PCAP y 2.2 del PPTP alegando que el criterio de adjudicación establecido en ambas, relativo al mayor porcentaje de reducción del precio por litro en monolito de estación de servicio, donde se suministre el combustible, entra en contradicción con el apartado 1 del artículo 146 de la LCSP, por tomar en consideración el mayor porcentaje de reducción del precio del combustible respecto al que consta en el monolito de la gasolinera, sin tener en cuenta el precio final al que se adquiere el combustible después de aplicar el porcentaje. Así, las gasolineras “low cost” como es la recurrente no disponen de margen suficiente para aplicar un porcentaje de reducción tan alto como otras, que tienen un precio en el monolito más elevado, pudiendo ofrecer un mayor porcentaje de reducción sobre el precio que consta.

Asimismo, tomar en consideración como único criterio el mayor porcentaje para la adjudicación del contrato entra en contradicción con lo establecido en el primer párrafo del punto 2.2 del PPTP al indicar que *“al estar en la actualidad liberados los precios del gasóleo y gasolina, el mejor precio se obtendrá de acuerdo con el que oferte cada empresa”*, al poder darse la paradoja de adjudicar el contrato a un licitador que, aun ofertando el mayor porcentaje de reducción sobre el precio del monolito, el precio final de su combustible sea más elevado que el propuesto por otros licitadores, que ofreciendo un porcentaje menor de reducción, al tener un precio base muy inferior en su monolito, el precio final de su combustible sea más barato.

En este sentido, indica que PE está en desventaja con otros licitadores, pues al ser el precio base muy inferior al de otras gasolineras que no son “low cost”, no puede presentar en su oferta de licitación un porcentaje tan elevado de reducción del precio del combustible, por no disponer de tanto margen para aplicar un porcentaje de reducción del precio.

La adjudicación del contrato de suministro bajo el citado criterio podría producir situaciones injustas y contrarias a ley, con infracción de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, recogidos en el artículo 132 de la LCSP, pues no se estaría otorgando un trato igualitario a todos los licitadores, dado que las “gasolineras low cost” no tienen el mismo margen para aplicar el porcentaje de reducción de precios, respecto del resto de competidores, lo que supone un claro trato discriminatorio. Asimismo, alude al artículo 132.2. de la LCSP en cuanto a que la contratación no será concebida con la intención de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios, pues el criterio, efectivamente perjudica a aquellos que ofrecen un menor precio del combustible en su monolito, y que por tanto no pueden aplicar un elevado porcentaje de reducción del precio.

En definitiva, alega que no debe tenerse en cuenta el mayor porcentaje que se aplique al precio, sino el precio final al que se adquiere el combustible con independencia del porcentaje de reducción aplicado, obteniendo el órgano de contratación el suministro de combustible al precio más barato para los vehículos municipales, dado que lo contrario infringe el artículo 146.1 de la LCSP.

Por su parte el órgano de contratación informa que en 2012 el contrato de suministro de combustible se licitó en lo que respecta al gasóleo A con una fórmula para la fijación del precio referenciada al índice de cotización PLATTS del mercado internacional, que derivó en la falta de empresas licitadoras, por lo que tuvo que cambiar de criterio a otro que tuviese también carácter objetivo y fuese fácilmente comprobable, motivo por el que se propuso precio monolito, pudiéndose adjudicar el contrato. El Ayuntamiento ha mantenido el criterio hasta el momento con la finalidad de lograr la concurrencia a la licitación, no obstante estar muy limitada, habiendo declarado desierta la última convocatoria el 4 de mayo de 2020, por falta de aportación documental de la única licitadora presentada, lo que ha dado lugar al procedimiento actual.

Asimismo reconoce que, tal y como expone la recurrente, se puede dar el supuesto de que la empresa que mayor porcentaje oferte no sea la de precio final de litro de combustible más bajo, pero tampoco considera válido el propuesto por PE, *“ya que el precio del combustible está sometido a las fluctuaciones del mercado, además de a las políticas de la propia empresa comercializadora/suministradora, y el precio que pueda ser ofertado un día, puede ser inferior o superior al del período siguiente, y si el criterio fuese precio final ofertado en el momento de presentación de la oferta económica, dicho precio podría ser perjudicial para la Administración si en el futuro el precio de mercado se redujese y el precio de adjudicación (euro/litro) fuese superior, como igualmente podría pasar en sentido contrario para la adjudicataria.*

Por tanto, en el contexto de incertidumbre de los precios del mercado de combustible, y de la existencia de un mercado libre, donde la oferta y demanda son las que determinan los precios, se considera que el criterio adoptado por la Administración es adecuado y correcto, objetivo y de fácil comprobación, considerando igualmente que las estaciones de servicio con precios elevados desmotivan la demanda del público en general en las mismas, por lo que no debería ser por lógica muy frecuente políticas empresariales de grandes diferencias de precio entre estaciones de servicio, más aún cuando se encuentran espacialmente cercanas”.

Este Tribunal en primer lugar ha de mencionar que corresponde al órgano de contratación seleccionar los criterios que se van a tomar en consideración para la adjudicación del contrato, debiendo estar recogidos en el PCAP, y justificados adecuadamente en el expediente de contratación como dispone el artículo 116.4.c) de la LCSP. Para la determinación de los criterios de adjudicación el órgano de contratación, cuenta con una amplia discrecionalidad, si bien debiendo respetar lo dispuesto a los efectos en los artículos 145 a 147 de la LCSP. Así el artículo 146.1 de la LCSP permite que se utilice el precio como único criterio de adjudicación, pero sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 3.f) del artículo 145, circunstancias que se cumplen en el presente supuesto.

Respecto del fondo, no podemos por menos que coincidir con la justificación argumental expuesta por el órgano de contratación, en cuanto a que, si bien pueden llegar a producirse las distorsiones observadas por la recurrente, mayor distorsión puede llegar a suponer para la contratación del suministro la alternativa propuesta por PE. Asimismo, aun siendo acertadas y razonables las motivaciones expuestas por la recurrente, en cuanto a que pudieran resultar perjudicadas aquellas gasolineras que parten de precios de venta al público más económicos, tampoco pueden atender los criterios de adjudicación a las políticas comerciales de las empresas que concurran a los contratos, siempre que el criterio de adjudicación en cuestión cumpla con los requisitos exigidos por la LCSP en el apartado 5 del artículo 145.

A estos efectos se ha de tener en cuenta que al no existir un precio regulado (puesto que hay libertad de mercado), y no ser posible, por las fluctuaciones propias de un mercado tan complejo y específico como es el de los combustibles, establecer un precio unitario de partida por parte del órgano de contratación, el criterio relativo a un porcentaje de descuento sobre el precio de venta al público vigente en cada momento por el proveedor (estación de servicio), parece una opción objetiva, transparente, pública y de fácil comprobación. Por otra parte, los precios del litro de combustible publicados por el Ministerio para la Transición Ecológica solo podrían tenerse en cuenta como referencia para la presupuestación, pero no para la determinación de un precio unitario. Por último, se ha de indicar que el porcentaje de descuento sobre el precio de venta al público en las estaciones de servicio es un criterio de utilización habitual en la adjudicación de este tipo de suministros.

Por todo lo expuesto, no se considera acreditado que el criterio de adjudicación establecido por el órgano de contratación en las cláusulas III y XVII del PCAP y 2.2 del PPTP, infrinja lo dispuesto en los artículos 132, 145 y 146.1 de la LCSP, al no apreciarse discriminación, ni intención de restringir artificialmente la competencia, estando el criterio vinculado al objeto del contrato, formulado de forma

objetiva, y relacionado con los costes, por lo que procede desestimar el recurso presentado por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Petroprix Energía, S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares que rigen el contrato de “Suministro de combustible para vehículos municipales”, de la Concejalía Delegada de Hacienda y Régimen Interior del Ayuntamiento de Arganda del Rey, número de expediente de licitación 27/2019/27009.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme al artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del contrato que fue acordada por este Tribunal como medida cautelar en su reunión de Pleno de 4 de junio de 2020.

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 59 de la LCSP.