



**Erref / Ref:** Recurso Especial interpuesto por “GOIENER, S. COOP.” contra los pliegos de licitación del Acuerdo Marco para la contratación del suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos.

**Esp Zenb / N° exps:** 2017/11-RE

### **RESOLUCION N° 16/2017**

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de junio de 2017.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial, en materia de contratación, interpuesto por D. Santiago Ochoa de Eribe Usabiaga, en representación de “GOIENER, S. COOP.”, contra los pliegos de licitación del Acuerdo Marco para contratar el suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos, aprobados por Acuerdo Foral 247/2017, de 25 de abril.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “GOIENER, S. COOP.” y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ALAVA (DIFA), siendo el órgano de contratación el Consejo de Gobierno Foral de la DIFA y el tramitador del expediente de contratación el Servicio de Secretaría Técnica de Servicios Generales (expte. 01/18).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1°. Por Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 247/2017, de 25 de abril, se aprueba el procedimiento de licitación del expediente para la contratación del suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos a través de la Central de Contratación Foral Alavesa, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

2°. Los anuncios de la licitación se publican en el Perfil del Contratante el 27 de abril de 2017, en el DOUE el 29 de abril de 2017 y en el BOTHA de 12 de mayo de 2017.



3°. El 5 de junio de 2017 tiene entrada en este OAFRC escrito de “GOIENER S. COOP.” por el que interpone recurso especial contra los pliegos de licitación del Acuerdo Marco para contratar el suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos.

En el recurso alega el incumplimiento de la obligación de dividir el Acuerdo Marco en lotes o bien indicar las principales razones por las que no se ha adoptado tal decisión, la especial incidencia de las posibles configuraciones de los Acuerdos Marcos en el compromiso que debe asumir el sector público en la promoción de la participación de las Pymes en la contratación pública, el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de las decisiones administrativas, la no existencia de causas objetivas ni funcionales para justificar la no división del Acuerdo Marco en lotes y la exigencia desproporcionada de la solvencia exigida por el Acuerdo Marco como obstáculo principal para la participación de las Pymes.

Solicita la anulación de los pliegos de licitación al considerar que vulneran el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, por no haber dividido el Acuerdo Marco en lotes y el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, por la exigencia de un umbral de solvencia económico-financiera y técnicas, desproporcionadas de acuerdo al objeto del Acuerdo Marco.

4°. Los licitadores no han presentado alegaciones al recurso especial interpuesto por “GOIENER S. COOP.”

5°. En el expediente de este recurso contractual se ha emitido **informe del órgano tramitador del expediente contractual.**

Por escrito de 8 de junio de 2017, el órgano tramitador del expediente contractual emite informe en el que señala la extemporaneidad del recurso y formula alegaciones sobre el incumplimiento de la obligación de dividir el acuerdo marco en lotes y sobre la exigencia desproporcionada de solvencia.

En su informe sostiene que dado que la puesta a disposición de los licitadores de los pliegos de condiciones tuvo lugar en el momento de la publicación del anuncio de licitación en el Perfil del Contratante de la Diputación y que tal publicación tuvo lugar el día 27 de abril de 2017, el plazo de finalización del período de interposición del recurso especial de contratación contra los mismos expiró el día 22 de mayo, por lo que el recurso presentado por Goiener debe ser rechazado por extemporáneo.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de dividir el acuerdo marco en lotes o bien indicar las razones por las que no se ha adoptado tal decisión, aduce que el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE establece la necesidad de que el poder adjudicador indique las principales razones por las cuales ha decidido no subdividir el contrato en lotes, pero que también establece que la decisión mencionada se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 que solamente se puede elaborar tras la adjudicación del contrato.



Por lo tanto, la Diputación Foral de Álava sigue disponiendo de la posibilidad de explicar más detalladamente en el informe mencionado las razones de no haber dividido el contrato en lotes, sin que ello suponga motivo para la anulación de los pliegos de condiciones, como solicita la recurrente.

En todo caso, la razón principal de la no división en lotes se contiene en el informe de necesidad acompañado a los pliegos de condiciones en el que se expone que se tramita el Acuerdo Marco a través de la Central de Contratación Foral Alavesa con el objetivo de optimizar los posibles ahorros en tarifas derivados del volumen de contratación.

Añade que la posible división en lotes de los contratos que se gestionen a través de la Central de Contratación va en dirección contraria a la consecución del objetivo económico de la misma, puesto que eliminaría la agrupación de capacidad de compra que se pretende utilizar como instrumento para alcanzar mejores precios para las Administraciones adheridas a la Central, y por ende, una mejor gestión de sus recursos económicos.

Evidentemente se tienen en cuenta los posibles efectos negativos que la agrupación de compras dentro de la Central de Contratación pueda tener sobre el mercado, pero lo cierto es que el tamaño de las Administraciones potencialmente usuarias de la misma no es suficiente para generar una distorsión o cierre temporal del mercado al no suponer más que un 1,476% del mismo.

En cuanto a la exigencia desproporcionada de solvencia, manifiesta que la recurrente no pretende demostrar que los criterios de solvencia establecidos en los pliegos sean desproporcionados (no afirma que sea desproporcionado exigir una cifra de negocios equivalente al valor estimado del contrato), sino que más bien trata de recalcular el valor estimado del contrato fijado por la Administración en los mismos, no siendo admisible que pretenda suplantar el papel de la Administración a la hora de determinar su estimación de coste del contrato e imponer la suya propia, y menos partiendo del documento en el que todos los licitadores deberán expresar sus precios, que contiene cálculos no accesibles a ninguno de ellos por encontrarse bloqueadas las celdas correspondientes para impedir manipulaciones de tales cálculos.

Está claro que la recurrente no ha entendido o comprobado que el fichero para la presentación de proposiciones económicas contiene los cálculos automáticos mencionados, porque está interpretando que la cifra que ya aparece como “Coste anual consumos sin IVA” es efectivamente la estimación de dicho coste realizada por la Diputación. Si esto fuera así, y el resto de las tarifas que los licitadores debieran incluir en el citado cuadro fueran, según su razonamiento, los importes regulados de la facturación, no tendría sentido pedir ningún precio, pues ya estaría predefinido en el archivo.

La realidad del cálculo es distinta a la interpretación de la recurrente, por cuanto el coste del contrato que figura en el archivo de presentación de proposiciones económicas no es más que el



importe correspondiente al sumatorio de términos de potencia, cuyo precio es regulado para cada tarifa, y lo que los licitadores deben reseñar en tal archivo es el precio que ofertarán por el término de energía para cada tarifa, que constituye el resto de la factura eléctrica y que incluye conceptos regulados y libres.

La recurrente no cuestiona que solicitar una cifra de negocios anual igual al valor estimado del contrato sea un requisito adecuado al objeto del contrato y debidamente proporcionado, sino que cuestiona el cálculo del valor estimado del contrato. En este punto es preciso resaltar que la pretensión de la recurrente de modificar el cálculo del valor estimado del contrato efectuado por la Administración se apoya en una argumentación cuyo fondo implica tratar de modificar el concepto y forma de calcular el valor estimado del contrato fijado por el TRLCSP en su artículo 88.1. que establece que *“A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.”*

Igualmente la Directiva 24/2014/UE establece en su artículo 4, que goza de efecto directo, el mismo método de cálculo del valor estimado de la contratación, al determinar en su punto 1 que *“El cálculo del valor estimado de una contratación se basará en el importe total a pagar, IVA excluido, estimado por el poder adjudicador, incluido cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación.”*

Como se ve, la única exclusión de un concepto del cálculo del valor estimado de un contrato prevista por ambos legisladores es la del IVA, por lo que todos los demás conceptos pagaderos por el órgano de contratación deberán incluirse en el citado cálculo.

También considera desproporcionado y redundante el requisito de solvencia técnica exigido en los pliegos, y se apoya para ello en la existencia de una regulación del mercado eléctrico que incorpora una serie de requisitos técnicos a las empresas que quieran obtener autorización para operar en el mismo. En este apartado habrá que recordar a la recurrente que las legislaciones y regulaciones de contratos públicos y de actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro de energía eléctrica son independientes y ambas de igualmente obligado cumplimiento, por lo que de la misma manera que deberá reunir los requisitos exigidos en el RD 1995/2000 para poder acceder al mercado eléctrico, deberá reunir los requisitos exigidos por el TRLCSP para poder participar en un procedimiento de contratación convocado por la Administración.

Y un requisito básico exigido por el TRLCSP en su artículo 54 para poder contratar es el de acreditar la solvencia técnica, acreditación que podrá llevarse a cabo mediante alguno o varios de los medios establecidos en el art. 77 del TRLCSP, entre los cuales se encuentra el elegido por la Diputación para el Acuerdo Marco afectado.



Por lo tanto, y ante la única conclusión posible de que la acreditación de solvencia (en este caso técnica) es un requisito insoslayable, procede desestimar la pretensión de la reclamante de anular los pliegos de condiciones basándose en el argumento de la redundancia y desproporción (aspecto que su recurso no cuestiona) de la exigencia de solvencia contenida en los mismos.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Constituye el **objeto** del presente recurso la impugnación de los pliegos de licitación del Acuerdo marco para contratar el suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos, aprobados por Acuerdo Foral 247/2017, de 25 de abril.

**SEGUNDO.** Este OFRC es **competente** para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre.

**TERCERO.** Por lo que se refiere a la **legitimación** de la recurrente, el artículo 42 del TRLCSP señala que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso por lo que se presume el interés legítimo de la recurrente para impugnar los pliegos de licitación del Acuerdo Marco para contratar el suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos, aprobados por Acuerdo Foral 247/2017, de 25 de abril.

**CUARTO.** Por lo que se refiere al **plazo de interposición**, por cuanto se dice a continuación debemos considerar extemporánea la presentación del recurso, incluso con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, a diferencia de la norma anterior -Ley 30/1992-, excluye los sábados del cómputo de los plazos establecidos para la presentación y realización de las actuaciones por el interesado.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP: “2. *El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior: a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.*



Ha de señalarse al respecto, tal como expone el Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su Resolución 62/2016, de 8 de junio, que a partir de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), en consonancia con lo declarado en la misma, por los tribunales y órganos administrativos con competencia para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación se adoptó como criterio de interpretación del cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos que el momento inicial del mismo es el de la publicación de los anuncios de licitación que los pongan a disposición, pues desde esa fecha pudo el interesado obtener los mismos en el lugar indicado en los referidos anuncios. Asimismo, con fecha de 11 de marzo de 2015 la Audiencia Nacional ha dictado Sentencia en el recurso 177/2014 que viene a complementar la de 30 de octubre de 2013, en el sentido de que, si existen varias publicaciones de la convocatoria de licitación, se habrá de entender que el inicio del cómputo del plazo de interposición del recurso se produce al día siguiente de la fecha en la que haya tenido lugar la última de ellas, criterio que se ha mantenido en resoluciones anteriores de este OAFRC.

Dicho tribunal considera que el criterio jurisprudencial expuesto ha de ser entendido dentro del marco normativo y circunstancias en que se produjo, es decir, antes de la entrada en vigor del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), momento en el que existía una laguna legal relativa al día de inicio del plazo para la interposición del recurso contra los pliegos.

Con la entrada en vigor de la norma reglamentaria no puede considerarse que exista laguna legal respecto al “dies a quo” al indicar su Disposición final primera que *“sus disposiciones son normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para dictar la legislación básica sobre contratos administrativos, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas, y en consecuencia son de aplicación general a todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidas en el artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a excepción de los artículos 1, letras a) y c), 2, apartado 1, 3 a 10, 12, los dos últimos párrafos del artículo 34 y el artículo 37, así como el capítulo IV dedicado a la utilización de medios electrónicos, las disposiciones adicionales segunda y tercera, la disposición transitoria segunda y la disposición final tercera”*.

Y el RPERMC se refiere específicamente en el artículo 19 al plazo de interposición del recurso contra el anuncio de licitación y contra el contenido de los pliegos, en los términos siguientes:

*“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil del contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que esta última fecha no estuviera acreditada*



*fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.*

*2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido (...).*

Al ser la publicación en el DOUE preceptiva por tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, el momento inicial en el cómputo del plazo para recurrir contra los pliegos es el de publicación de ese anuncio, siempre que se hubiera puesto la documentación a disposición de los licitadores.

En el caso que nos ocupa, el anuncio de licitación se publica en el Perfil del Contratante el 27 de abril de 2017 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29 de abril de 2017 en el que se señala la dirección de internet en la que se puede acceder, libre, directa, completa y gratuitamente, a los pliegos de la contratación.

Así pues, dada la publicación del anuncio de licitación en el DOUE el 29 de abril de 2017 el “dies a quo” o día de inicio del cómputo del plazo es el 1 de mayo de 2017 mientras que el “dies ad quem” o día de finalización del plazo es el 22 de mayo de 2017.

Por tanto y como quiera que ha transcurrido el plazo de quince días hábiles a la fecha de presentación del recurso (5/06), el recurso es extemporáneo con la consiguiente inadmisión del mismo, sin necesidad de entrar en el fondo de las cuestiones planteadas en el recurso.

**QUINTO.** No se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.

Por lo anteriormente expuesto, este OAFRC emite la siguiente

## RESOLUCIÓN

**PRIMERO.** Inadmitir, por extemporáneo, el recurso especial interpuesto por D. Santiago Ochoa de Eribe Usabiaga, en representación de “GOIENER, S. COOP.” contra los pliegos de licitación del Acuerdo Marco para la contratación del suministro de energía eléctrica a las instalaciones de los organismos adheridos, aprobados por Acuerdo Foral 247/2017, de 25 de abril.



**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 vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.