



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

Asunto:

Recurso especial en materia de contratación contra expediente número 131/2016, contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada.

Recurrente: MULTIENERGIA VERDE S.L.

Referencia órgano contratación: *expediente 131/2016.*

En Granada, a 13 de enero de 2017

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil MULTIENERGIA VERDE S.L, contra los pliegos que rigen el contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de noviembre de 2016, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada aprueba, a propuesta del Sr. Teniente de Alcalde Delegado del Área de Economía y Hacienda, Personal, Contratación, Organización y Smart City, el expediente de contratación número **131/2016**, referido al ***contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada***, disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 142, 159 y 334 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), se publica la convocatoria de la licitación en el DOUE con fecha 3 de diciembre de 2016, al día siguiente en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Granada y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 5 de diciembre de 2016, quedando pendiente de publicación en el BOE.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

TERCERO: Que con fecha 20 de diciembre de 2016 ha tenido entrada en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, anuncio previo y recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la mercantil MULTIENERGIA VERDE S.L, contra los pliegos que rigen el contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada, en el que solicita la anulación del apartado de los pliegos que recoge la exigencia a los licitadores de presentar certificados de calidad del suministro y/o permitiendo que se pueda justificar la solvencia técnica mediante las habilitaciones del Ministerio de Industria y la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia.

CUARTO: Con fecha 21 de diciembre de 2016, se recibe en el Área de Contratación, notificación efectuada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada de la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el expediente 131/2016, “Procedimiento abierto para adjudicar el contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada”, efectuada por la mercantil MULTIENERGIA VERDE S.L., así como copia del mismo.

QUINTO: El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, en sesión celebrada el día 29 de diciembre de dos mil dieciséis, acuerda admitir el recurso especial en materia de contratación presentado.

SEXTO. Visto que el expediente de contratación no se encuentra aún en plazo de presentación de ofertas y, por tanto, no han comparecido al expediente otros interesados, no es necesario conceder el plazo de cinco días establecido en el artículo 46.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, una vez admitido el recurso, para formular alegaciones al resto de interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Con fecha 26 de diciembre de 2016 se recibe del órgano de contratación el expediente e informe sobre la tramitación del mismo, a la vista del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil MULTIENERGÍA VERDE S.L.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Con carácter previo al examen de la cuestión suscitada, es necesario precisar que entre las funciones atribuidas a éste Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada por su Reglamento aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno se encuentran, según el artículo 1 de la citada disposición administrativa:

- a) Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en el artículo 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 37 de la referida Ley.*
- b) Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación reguladas en el artículo 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 109 de dicha Ley.*
- c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas provisionales o cautelares que se hayan solicitado por las personas legitimadas con anterioridad a la interposición de los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refieren los párrafos a) y b) del presente artículo.*
- d) Elaboración y propuesta de modificación de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (anulado sentencia TJS Andalucía, sentencia número 3.069 de 2014, de 24 de noviembre de 2014).*
- e) Emisión de informes y asesoramiento en materia de contratación, cuando sea requerido para ello por los órganos competentes del Ayuntamiento de Granada y entes del sector público municipal, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (anulado sentencia TJS Andalucía, sentencia número 3.069 de 2014, de 24 de noviembre de 2014).*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

f) Formular propuesta de coordinación en materia de contratación entre el Ayuntamiento de Granada y los entes del sector público municipal, dirigidos a la gestión de los recursos de forma eficiente (anulado sentencia TJS Andalucía, sentencia número 3.069 de 2014, de 24 de noviembre de 2014).

g) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

Por todo ello el recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el DECRETO 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (BOJA 11 de noviembre 2011 núm. 222 Página núm. 23 y ss) y Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo.

SEGUNDA: Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. El recurso se fundamenta en la disconformidad de las exigencias de solvencia con el objeto del contrato, al exigir requisitos que no corresponde acreditar a la empresa comercializadora sino a la distribuidora de gas natural, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de aplicación, Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, que atribuye en exclusiva la obligación de garantizar la calidad del suministro a las empresas distribuidoras y no a las comercializadoras. Solicita a su vez que la solvencia técnica pueda acreditarse mediante las habilitaciones del ministerio de Industria y la Comisión nacional de los mercados y la competencia.

TERCERA: El Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Granada ha emitido informe de fecha 22 de diciembre de 2016 en el que se manifiesta, a la vista de la normativa de aplicación, que la calidad del suministro corresponde a las empresas distribuidoras del suministro, siendo las comercializadoras (con las que se contrata) las que deben exigir dicha calidad, por lo que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

no podrían aportar los certificados de calidad que se le exigen, razón por la cual debería suprimirse dicha exigencia de los pliegos.

En cuanto a la posibilidad de acreditar la solvencia técnica mediante las habilitaciones del ministerio de Industria y la Comisión nacional de los mercados y la competencia, el informe del Servicio de Contratación manifiesta que dicha habilitación sería exigible en los pliegos, no como requisito de solvencia, sino como exigencia de capacidad para contratar.

CUARTA: Dispone el artículo 54 del TRLCSP, apartado primero, que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Esta solvencia ha de acreditarse en relación al objeto del contrato (Art. 62 TRLCSP). Continúa el apartado segundo del citado artículo 54 señalando que los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Estos requisitos de solvencia cumplen una doble función, por un lado acreditar la capacidad del contratista para desarrollar las prestaciones objeto del contrato y por otro garantizar la igualdad de trato y no discriminación de los contratistas, en aplicación de los principios de libre concurrencia a que se refieren los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Por un lado han de guardar estrecha relación con el objeto del contrato y por otro, no ser discriminatorios, permitiendo la participación de todos aquellos empresarios que efectivamente cuenten con esta solvencia.

QUINTA: El apartado decimotercero del anexo I a los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato recoge en su apartado b) como requisito mínimo de solvencia técnica o profesional el siguiente:

"Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad del suministro con las



Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

exigencias previstas en el pliego de prescripciones técnicas particulares."

Las exigencias contempladas en el pliego de prescripciones técnicas, al que remite el pliego de cláusulas administrativas particulares, son las siguientes:

“6. CALIDAD DEL SUMINISTRO

La empresa adjudicataria deberá cumplir las siguientes condiciones en el suministro de gas natural canalizado:

a) Presión: el gas natural se suministrará en todo momento con niveles de presión dentro de los límites legalmente establecidos.

b) Caudal: será el necesario en cada momento y vendrá dado por el armario de regulación instalado.

c) Calidad: el gas natural se suministrará en todo momento con los niveles de calidad mínima exigida por la normativa vigente.

La empresa adjudicataria se compromete a exigir a la empresa distribuidora en nombre del cliente que el gas natural se suministre a la presión establecida y con la calidad de suministro fijada en la reglamentación vigente.”

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos distingue dentro de la ordenación del sistema gasista, las actividades de distribución y de comercialización, estableciendo la incompatibilidad entre las mismas en el artículo 64 de la Ley, y regulando en los artículos siguientes el régimen de derechos y obligaciones de cada una.

El artículo 74 de la Ley recoge la obligación, para las empresas distribuidoras, de garantizar los niveles de calidad que se establezcan reglamentariamente en el suministro de gas. Obligación ésta que no compete a los comercializadores (Art. 81 de la Ley). Por lo que la exigencia de esta obligación al comercializador no es coherente con las obligaciones recogidas en la Ley y está en contradicción con las condiciones exigidas por la Ley de Contratos del sector Público a los requisitos de solvencia en cuanto a que no guarda relación con el objeto a contratar.

SEXTA: Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y normativa de desarrollo, en concreto el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de

ASUNTO: *Recurso especial en materia de contratación contra expediente número 131/2016, contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada.*



Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

autorización de instalaciones de gas natural, recogen las condiciones y requisitos establecidos para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural, actividad ésta que constituye el objeto del contrato.

El artículo 80 de la Ley de Hidrocarburos señala:

"1. Los comercializadores de gas natural deberán cumplir con los requisitos que se establezcan reglamentariamente, entre los que se incluirá la suficiente capacidad técnica del solicitante. Las empresas comercializadoras deberán presentar las garantías que resulten exigibles.

Siempre deberán comunicar a la Administración competente y, en todo caso, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que a su vez lo comunicará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos el inicio o cese de la actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el párrafo anterior.

Junto con la referida comunicación de inicio de la actividad, los comercializadores de gas natural deberán remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo una previsión de ventas para el primer año de actividad desglosada entre ventas firmes a consumidor final, ventas interrumpibles a consumidor final y otro tipo de ventas.

Los comercializadores de gas natural deberán acreditar el cumplimiento de estos requisitos en caso de que les sea requerido por la Administración competente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo o por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Cualquier hecho que suponga modificación de alguno de los datos incluidos en la declaración originaria deberá ser comunicado por el interesado, en el plazo máximo de un mes a partir del momento en que se produzca.

En el caso de empresas habilitadas para comercializar gas natural en un país miembro de la Unión Europea con el que exista un acuerdo mutuo de reconocimiento de licencias de comercialización de gas natural bastará la comunicación de inicio o cese de la actividad, sin perjuicio de la constitución de las garantías económicas que sean necesarias en la contratación de acceso a las instalaciones.

2. La Comisión Nacional de Energía publicará en su página web un listado de los comercializadores de gas natural que incluirá aquellas sociedades que hayan comunicado a la Administración competente el ejercicio de esta actividad.

Por otro lado el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre establece:



Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

“Artículo 15. Inicio y cese de la actividad de comercialización.

Una vez cumplidos los requisitos necesarios para realizar la actividad de comercialización que se establecen en el artículo 14, aquellas sociedades que quieran actuar como comercializadoras de gas natural, deberán comunicarlo por escrito, con carácter previo al inicio de la actividad, a la Administración competente y en todo caso a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, indicando el ámbito territorial en el que se va a desarrollar la actividad, fecha de inicio de la misma, nombre de la sociedad, dirección postal, teléfono, fax, código de identificación fiscal así como una declaración responsable de que la sociedad cumple todos los requisitos establecidos para ejercer la actividad.

La Dirección General de Política Energética y Minas dará traslado de la citada comunicación a la Comisión Nacional de Energía, y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos petrolíferos. La Comisión Nacional de Energía mantendrá en su página web un listado actualizado de las empresas que ejerzan la actividad de comercialización de gas natural.

La Dirección General de Política Energética y Minas, o la Comisión Nacional de Energía podrán solicitar en cualquier momento la acreditación del cumplimiento de todos o de cualquiera de los requisitos necesarios para ejercer la actividad de comercialización.

Anualmente, dentro del primer trimestre de cada año, las empresas que ejerzan la actividad de comercialización deberán presentar ante la Administración competente la una memoria resumen de las actividades desarrolladas en el año precedente, La Administración podrá solicitar información adicional o ampliación de la aportada.

Las empresas que ejerzan la actividad de comercialización de gas natural deberán comunicar a la Administración competente y en todo caso a la Dirección General de Política Energética y Minas el cese de la actividad o la modificación de alguno de los datos aportados en la comunicación de inicio de la actividad o en la declaración responsable, en el plazo de un mes a partir del momento en que se produzca.

La Dirección General de Política Energética y Minas dará traslado de la citada comunicación a la Comisión Nacional de Energía.”

Teniendo en cuenta lo anterior y al amparo de lo previsto en el artículo 54 del TRLCSP, el ejercicio de la actividad de comercialización está condicionado legalmente a la comunicación de inicio de actividad y posterior inclusión en el listado que la Comisión Nacional de Energía hace público, por lo que ha de considerarse requisito legal de capacidad o habilitación empresarial o profesional que para la realización de la actividad o prestación que constituya



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

el objeto del contrato. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares recogen la obligación de contar con esta habilitación en la cláusula segunda, por lo que aunque no se especifica en el anexo I, constituye un requisito de capacidad y no un medio de acreditar la solvencia técnica.

SEPTIMA. Dispone el artículo 46 del TRLCSP que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por la disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades recogidas en el propio artículo 46.

VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MULTIENERGIA VERDE S.L., contra los pliegos que rigen el contrato de suministro de gas natural para las instalaciones del Ayuntamiento de Granada, **anulando** la exigencia, como requisito mínimo de solvencia técnica, de Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad del suministro con las exigencias previstas en el pliego de prescripciones técnicas particulares (apartado 13 del Anexo I de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares).

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.

Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 13/2016 TAC

Expediente 131/2016 Ayuntamiento de Granada (Contratación).

DICTAMEN 13/2016

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 10, letra k) del apartado 1) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.