



EB 2018/163

Resolución 003/2019, de 9 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A. contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de gas de laboratorio para diversos centros de la UPV / EHU”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV / EHU).**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de noviembre de 2018, la empresa **AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A.** (en adelante, **AIR LIQUIDE**) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, **OARC / KEAO**), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de gas de laboratorio para diversos centros de la UPV / EHU”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV / EHU).

SEGUNDO: El día 9 de noviembre se notificó el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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**). La citada documentación se recibió en el registro del **OARC / KEAO** entre los días 13 y 21 de noviembre.



TERCERO: Con fecha 29 de noviembre, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 36/2018 acordando la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.D.R.T., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según las letras a) y b) del artículo 44.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los acuerdos marco de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los pliegos que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador



En cuanto al régimen jurídico aplicable, UPV / EHU tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

- a) Según el recurrente, del apartado 39 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de la Cláusula II del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) se deduce que los pliegos permiten la adjudicación directa de los contratos basados en el Acuerdo Marco, sin necesidad de convocar una nueva licitación, lo que no cabe en la LCSP.
- b) La carátula del PCAP establece que En los contratos derivados, se podrán valorar todos o algunos de los conceptos que en el Acuerdo Marco, pudiendo ser las ponderaciones distintas; AIR LIQUIDE estima que esta estipulación es contraria a los principios generales aplicables en el proceso de selección de la oferta y a la seguridad jurídica.
- c) No consta en en los pliegos ni en otros documentos contractuales la referencia a la no división del contrato en lotes.
- d) Finalmente, AIR LIQUIDE solicita la declaración de nulidad de los pliegos impugnados o, subsidiariamente, su anulación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

UPV / EHU se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Cuando el Acuerdo Marco establezca todos los términos de los contratos en él basados, el artículo 221.4 a) de la LCSP permite adjudicar dichos



contratos bien mediante una nueva licitación invitando a las empresas que forman parte del Acuerdo Marco, bien sin ella; la posibilidad de aplicar ambos sistemas debe preverse en los pliegos, que determinarán los supuestos en los que se acudiría o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación cuando se aplique este sistema. Para adjudicar contratos basados en el Acuerdo Marco sin nueva licitación, el pliego deberá prever las condiciones objetivas para elegir a la adjudicataria de entre las partícipes en el Acuerdo. El poder adjudicador alega que los pliegos impugnados no contemplan la adjudicación directa de los contratos basados en el Acuerdo Marco.

b) Se prevé la aplicación a las ofertas de los contratos basados de los criterios que ya aparecen definidos, pero no tiene sentido volver a usar algunos de los criterios establecidos para el Acuerdo Marco y que ya han sido valorados; la posibilidad de variar las ponderaciones se justifica por el interés general de la UPV / EHU, y no cabe arbitrariedad en las valoraciones, pues deberán justificarse los cambios, que serán conocidos por todos los licitadores, sin que quepan modificaciones sustanciales de lo establecido en el Acuerdo Marco.

c) La división en lotes de este contrato sería evidentemente artificial y dificultaría su gestión, no habiendo prestaciones que puedan ser objeto de prestación independiente.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación se señalan las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre los motivos en los que se fundamenta el recurso.

- a) Sobre la posibilidad de adjudicar directamente algunos de los contratos basados en el Acuerdo Marco



El recurrente impugna la posibilidad de que los contratos basados en el Acuerdo Marco puedan adjudicarse directamente sin necesidad de convocar una nueva licitación. El análisis de este motivo de impugnación debe partir del contenido del apartado 39 de la carátula del PCAP, que es el siguiente:

39.-CLÁUSULAS ADICIONALES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO (sí/no): No.

PROCEDIMIENTO PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DERIVADOS:

Por cada contrato derivado, se solicitará por escrito a los operadores seleccionados la presentación de oferta con indicación del plazo para presentarla.

En caso de no recibir respuesta por parte del operador dentro del plazo antes mencionado, se considerará que renuncia a participar en la licitación específica.

En los contratos derivados, se podrán valorar todos o algunos de los conceptos que en el acuerdo marco pudiendo ser las ponderaciones distintas.

Cuando el pedido supere el importe máximo establecido para los contratos menores (15.000 € IVA excluido), en la carátula se señalará la fecha en la que se reunirá la Mesa de Contratación para proceder a la apertura de las proposiciones presentadas por las licitadoras, la cual a la vista de la valoración del servicio promotor emitirá propuesta de adjudicación a la oferta con mejor relación calidad-precio.

Además, el recurrente alega que el punto II del PPT establece que Los suministros que superen los 15.000 euros requerirán de la autorización previa del Vicerrectorado de Investigación con la correspondiente verificación del soporte presupuestario del gasto.

A la vista de los apartados de la documentación contractual señalados más arriba, este Órgano entiende que el recurso debe desestimarse en este punto, pues, como bien alega el poder adjudicador, los pliegos no facultan en ningún caso la adjudicación directa de los contratos basados y, por el contrario, imponen siempre la necesidad de solicitar por cada contrato derivado una oferta escrita a las empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco, tal y como se deduce de la literalidad de la cláusula 39 citada. Es cierto que, a partir de este sistema de adjudicación, común a todos los contratos basados con independencia de su cuantía, se establecen diferencias procedimentales según el contrato supere o no el importe máximo del contrato menor de suministro (15.000 euros), pero se refieren únicamente a la participación de la Mesa de



Contratación (cláusula 39) o a la autorización previa del Vicerrectorado (punto II del PPT), cuestiones relativas al modo en el que la UPV / EHU forma su voluntad contractual y que no afectan a la regla general que establece la necesidad de solicitar ofertas a los operadores económicos partícipes del Acuerdo Marco.

b) Sobre los criterios de adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco adjudicados con una nueva licitación

AIR LIQUIDE estima que el hecho de que en los contratos basados se puedan valorar todos o algunos de los conceptos valorados en en el Acuerdo Marco, pudiendo ser las ponderaciones distintas (ver la cláusula 39, citada en la letra a) anterior), supone facultar al poder adjudicador para alterar los términos del Acuerdo Marco en detrimento de la seguridad jurídica y de los principios rectores del proceso de selección de las ofertas. Este motivo de recurso es similar a uno de los analizados por este OARC / KEAO en su Resolución 106/2018; en ella se señalaba que la licitación de los contratos basados se regula en el artículo 221.6) e) de la LCSP, que dispone que se adjudicarán a la empresa que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, valorada según los criterios fijados en el Acuerdo Marco. Consecuentemente, la impugnación debe aceptarse, pues no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado, sino que todos ellos (y su ponderación, exigida en el artículo 145 al que se remite el 221.6) deben estar predeterminados en el Acuerdo Marco.

c) Sobre la ausencia de mención a la no división del contrato en lotes

AIR LIQUIDE entiende que no se ha justificado la no división del contrato en lotes, como exige la legislación contractual. Por su parte, el poder adjudicador no niega expresamente la omisión ni tampoco indica apartado alguno del expediente donde conste la citada justificación, pero argumenta en su informe



las razones de la improcedencia de tal división. A juicio de este OARC/ KEAO, este motivo de recurso debe aceptarse, con el efecto que se señalará en la letra d) siguiente. El artículo 99.3 de la LCSP es claro en establecer que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, si bien el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el contrato cuando existan motivos válidos que deberán justificarse debidamente en el expediente. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de no dividir, por lo que no es posible sustituir este trámite por una justificación posterior; además, dicha motivación posterior no cumpliría con la función de informar de las razones discrecionalmente empleadas por el poder adjudicador para optar por la no división para, en su caso, poder ser impugnados por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO) o poder este Órgano verificar su legalidad. De acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP, la obligación de motivación solo sería inaplicable cuando de la misma naturaleza u objeto de la prestación se desprenda la imposibilidad material de la división, lo que no sucede en este caso, en el que, a la vista del PPT, el contrato podría, en principio, separarse con criterios, por ejemplo, territoriales (campus universitarios) o funcionales (tamaño, molécula...), sin perjuicio de que, a pesar de ello, la UPV / EHU pudiera haber alegado argumentos válidos para adjudicar el contrato sin división (ver las letras a) y b) del artículo 99.3 de la LCSP).

d) Conclusión

A la vista de las apreciaciones señaladas, debe anularse la cláusula 39 de la carátula del PCAP por ser ilegal el párrafo de la misma que faculta a valorar o no para la adjudicación de los contratos basados todos o algunos de los conceptos del Acuerdo Marco y a alterar su ponderación y por no establecer, como pide el artículo 226.1 e) de la LCSP, los criterios de adjudicación aplicables a la licitación para adjudicar los contratos basados. Por afectar a los



criterios de adjudicación del contrato, esta anulación supone la cancelación de la licitación (ver, por ejemplo, la Resolución 152/2018 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). La falta de justificación expresa de la no división del contrato en lotes supone también la cancelación del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que en un posible nuevo procedimiento con el mismo objeto pueda motivarse adecuadamente dicha no división.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A. contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de gas de laboratorio para diversos centros de la UPV / EHU”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV / EHU) en el sentido de:

- a) Anular la cláusula 39 de la carátula del PCAP.
- b) Anular los pliegos del contrato en cuanto disponen su no división en lotes sin que conste justificación expresa para ello en el expediente.
- c) Cancelar la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este OARC KEAO de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urtarrilaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de enero de 2019