



Recurso nº 861/2018 C. Valenciana 209/2018]

Resolución nº 979/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 26 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. D. R. T., actuando en nombre y representación de la empresa AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, rectores del procedimiento convocado para la contratación del suministro periódico de gases, mezclas y líquidos criogénicos en el ámbito de la Universidad Politécnica de Valencia (Expediente nº MY18/GT/S/79), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que en fecha 31 de julio de 2018 y 6 de agosto de 2018 se remitió al DOUE y se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado, respectivamente, la licitación del expediente de contratación nº MY18/GT/S/79, de la Universidad Politécnica de Valencia, cuyo objeto es *“Suministro periódico de gases, mezcla de gases y líquidos criogénicos en el ámbito de la Universitat Politècnica de Valencia”*, de acuerdo con la Resolución del Rector aprobatoria del Expediente de licitación, de 26 de julio de 2018.

Segundo. Los pliegos fueron puestos a disposición de los potenciales licitadores el 6 de agosto de 2018, cuando los mismos fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Estado.

Tercero. El 23 de agosto de 2018 AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos anteriormente referidos, solicitando

la adopción de medidas provisionales, al amparo de los artículos 49 y 56 de la LCSP, consistentes en la suspensión del procedimiento de contratación.

El recurso entiende que la cláusula contenida en el apartado K) del Cuadro de Características es nula de pleno derecho, porque si bien inicialmente se prevé que el Acuerdo Marco sea concluido con varias empresas, a continuación prevé dos excepciones en las que se produce una limitación al número de empresas a invitar, del que puede resultar que solo una empresa pueda concurrir: i) *“Independientemente del importe del contrato derivado, en el caso de que se haya homologado, un único producto, sin posibilidad de opción alguna, y haya una sola empresa homologada para el mismo, el contrato se adjudicará a la única empresa homologada en ese producto”*; ii) *“Si el importe del contrato derivado fuera inferior a 6.000.-€ IVA excluido, no será necesario convocar a las partes a una nueva licitación, pudiendo el peticionario hacer la solicitud del producto que mejor satisfaga sus necesidades técnicas y económicas.”*

Señala asimismo que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público permite que en el Acuerdo Marco con todos los términos definidos, como es el supuesto, se pueda proceder o no a una nueva licitación como dispone el artículo 221 del citado texto legal, pero lo que no regula ni define es un sistema de racionalización de compra pública del que la segunda fase de licitación dependa de la cuantía del contrato basado, dando cabida a las solicitudes del producto de una forma directa.

A tal efecto, cita la doctrina contenida en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, nº 177/2018, en la que, afirma, se anuló una cláusula de similar contenido a la ahora analizada.

Se ha emitido informe por parte del órgano de contratación el 6 de septiembre de 2018, declarando la plena validez y conformidad a Derecho de la cláusula impugnada, entendiendo que no hay límite alguno a la concurrencia, igualdad y transparencia, puesto que todas aquellas empresas que estén en condiciones de presentarse y reúnan los requisitos pueden hacerlo. Asimismo, entiende que se cumple con el requisito establecido en el artículo 221.4. a) de la LCSP, por cuanto que en este caso están perfectamente determinados y previstos los supuestos para la adjudicación de los contratos derivados en los apartados 4.2, 4.3 y 4.4, y 4.5 del Cuadro de Características, habiéndose

realizado, igualmente de acuerdo con la Ley, con anterioridad, la selección y homologación de las empresas. Entiende que no hay indefinición ni adquisición directa en el supuesto del apartado 4.2 de la letra K), porque, además, con anterioridad, ya se ha realizado la selección y homologación de las empresas, de conformidad con el artículo 221.4. a) LCSP.

Cuarto. Con fecha 6 de septiembre de 2018 la Secretaría del Tribunal acuerda la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 57.3 de la misma, siendo la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida cautelar adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y la Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por cuanto que el objeto del contrato se encuentra claramente dentro del objeto social de la entidad recurrente y en su ámbito natural de actuación.

Tercero. El recurso se interpone contra los pliegos que han de regir la convocatoria del contrato de suministro, basado en un acuerdo marco, cuyo valor estimado es de 538.000,00 euros, siendo por tanto superior al exigido en el artículo 44.1.a) de la LCSP para los actos recurribles.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. La controversia, por tanto, se centra en la conformidad o no a Derecho de la cláusula K) del Cuadro de Características, en los siguientes apartados:

“4. Limitación al número de empresas a invitar y criterios de selección:

4.1 Independiente del importe del contrato derivado, en el caso de que se haya homologado, un único producto, sin posibilidad de opción alguna, y haya una sola empresa homologada para el mismo, el contrato se adjudicará a la única empresa homologada en ese producto.

4.2 Si el importe del contrato derivado fuera inferior a 6.000.-€ IVA excluido, no será necesario convocar a las partes a una nueva licitación, pudiendo el petitionerio hacer la solicitud del producto que mejor satisfaga sus necesidades técnicas y económicas.”

Entiende el órgano de contratación que tales cláusulas son conformes a Derecho y que el supuesto contemplado por la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid es totalmente distinto al previsto en este Acuerdo Marco.

En este punto, conviene recordar que los Acuerdos Marco aparecen contemplados en la LCSP en los artículos 219 y siguientes, y constituyen una técnica de contratación que permite a uno o varios poderes adjudicadores establecer las condiciones que van a regir los contratos a celebrar con uno o varios operadores económicos durante un período determinado (los denominados “*contratos basados*”).

En el presente procedimiento tanto el órgano de contratación como la empresa recurrente consideran que estamos en presencia de un Acuerdo Marco en el que todos los términos están definidos.

Por ello, procede aplicar lo establecido en el **artículo 221.4.a) de la LCSP**:

- a) *“Cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación. La posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinarlos supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable. **Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación,***

será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicataria del contrato basado y ejecutar la prestación.”

En base al anterior artículo de la LCSP este Tribunal considera que el primer motivo de recurso debe desestimarse. La expresión que utiliza el pliego recurrido, en el apartado K.2.4.1, de que “*en el caso de que se haya homologado un único producto, sin posibilidad de opción alguna, y haya una sola empresa homologada para el mismo, el contrato se adjudicará a empresa homologada en ese producto*” debe interpretarse en el sentido de que, a pesar de haberse intentado adjudicar un acuerdo marco con varias empresas, al final del procedimiento el acuerdo marco se ha adjudicado a una única empresa, por razones de hecho, o porque la oferta del resto de empresas no se ha considerado admisible.

Lógicamente, si hay una sola empresa a la que se haya adjudicado el producto a adquirir, es a ella, sin necesidad de nueva concurrencia ni de ningún otro requisito adicional, a quien procede adjudicar el contrato basado.

Cuestión distinta es lo estipulado en el apartado K.2.4.2, que permite adjudicar directamente, según las necesidades técnicas y económicas de los petitionarios, los contratos derivados de importe inferior a 6.000 euros. Esta forma de adjudicación infringe el mencionado artículo 221.4.a) de la Ley 9/2017, ya que no se puede considerar que esta previsión de adjudicación directa sea “*una condición objetiva para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicataria del contrato basado*”.

Procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso y declarar la nulidad del pliego en este aspecto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. D. R. T., actuando en nombre y representación de la empresa AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, rectores del procedimiento convocado para la contratación del suministro periódico de gases, mezclas y líquidos criogénicos en el ámbito de la Universidad Politécnica de Valencia (Expediente nº MY18/GT/S/79), anular la cláusula 4.2 del Apartado K) del Cuadro de Características del Acuerdo Marco, y retrotraer el procedimiento de contratación al momento anterior a la aprobación del PCAP.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad, en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.