

Recurso 201/2018**Resolución 329/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 27 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, SA** contra los pliegos que rigen la licitación del acuerdo marco denominado “*Suministro de gases, líquidos criogénicos, reactivos, material fungible y equipamiento para los laboratorios de investigación, desarrollo, innovación y docencia de la Universidad de Almería*” (Expte. 713.18), convocado por la citada Universidad de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 19 de mayo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, así como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de información previa de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 2.792.000 euros y entre las empresas que han presentado proposiciones en el procedimiento se encuentra la ahora recurrente.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 7 de junio de 2018, se presenta en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A. (en adelante, AL AIR LIQUIDE), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen la licitación del acuerdo marco mencionado en el encabezamiento de esta resolución. En su escrito la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. El 8 de junio de 2018, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado comprensivo de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efecto de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en este Órgano el 11 de junio de 2018, salvo el informe al recurso y las alegaciones sobre la medida cautelar que fueron recibidos el 13 de junio de 2018, así como el listado de entidades licitadoras que, previa petición, fue remitido el 4 de julio de 2018, una vez expirado el plazo de presentación de proposiciones.

QUINTO. Con fecha 22 de junio de 2018, este Órgano acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la entidad AL AIR LIQUIDE en su escrito de recurso.



SEXTO. Con fecha 18 de julio de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las entidades interesadas en el procedimiento, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado alegación alguna dentro del plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 2 del artículo 11 del Decreto autonómico citado, prevé la posibilidad de que este Tribunal resuelva, previo convenio, los recursos especiales en materia de contratación interpuestos contra actos dictados en materia de contratación pública por los órganos competentes de las Universidades Públicas de Andalucía.

En el supuesto examinado, la competencia de este Tribunal para la resolución de los presentes recursos deriva del convenio formalizado, el 10 de diciembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Almería.

SEGUNDO. Procede a continuación abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.



En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *“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.”*

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la licitación. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un acuerdo marco que tiene por objeto la celebración de contratos de suministro y cuyo valor estimado asciende a 2.792.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos que rigen la licitación del acuerdo marco, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) 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 el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.



En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente (...).”

En el supuesto analizado el plazo de interposición computa, de conformidad con el precepto legal transcrito, a partir del día siguiente a la publicación del anuncio en el perfil de contratante, toda vez que los interesados han podido acceder al contenido de los pliegos a través de aquel.

Habiendo sido publicado el anuncio de licitación en el perfil de contratante el 19 de mayo de 2018, es a partir del día siguiente a dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de recurso el 7 de junio de 2018 en el registro de este Órgano, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen la licitación del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta Resolución, solicitando su anulación, todo ello de conformidad con las alegaciones en el cuerpo de su escrito.

Comienza sus alegatos la recurrente haciendo referencia a lo que considera como cuestiones de procedimiento, que por razones metodológicas serán examinadas en este y en los próximos cuatro fundamentos de derecho.



En base a ello, en primer lugar, aduce la aparente contradicción existente en el PCAP que determina, a su juicio, vulneración de lo dispuesto en el artículo 221.4 a) de la LCSP. Entiende que, si bien inicialmente la redacción del pliego induce a pensar que nos encontramos ante un acuerdo marco que establece todos los términos -y para ello incorpora en su escrito como ejemplo referencias al pliego conteniendo determinaciones en cuanto al número de empresas con las que se puede celebrar el acuerdo marco, así como supuestos de concretas restricciones-, sin embargo un examen global de aquel permite comprobar que carece de cláusulas que establezcan la regulación oportuna para determinados aspectos exigidos por la LCSP, como la concreción de los criterios de adjudicación para los contratos basados en el acuerdo marco o la duración de estos. Y es esta circunstancia, el hecho de que el acuerdo marco no establezca todos los términos, lo que provoca según la recurrente la vulneración de lo dispuesto en el citado artículo, pues en el pliego se prevé la posibilidad de adjudicar los contratos basados en el acuerdo marco sin una nueva licitación, pero para ello la LCSP exige que aquel establezca todos los términos.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el acuerdo marco no se ha elaborado con todos los términos definidos, pues con él únicamente se pretende *“determinar las condiciones de suministro y regular el procedimiento para los futuros contratos basados de los productos que oferten los licitadores (...)”*. Expone, como ejemplo para avalar esta tesis, que para los lotes comprendidos entre el 12 y el 28 se permite a las entidades licitadoras introducir para una misma línea todas las referencias de productos que estimen oportunas.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia. Al respecto, como se ha expuesto y no es objeto de discusión por las partes, nos hallamos ante un acuerdo marco que no establece todos los términos de la contratación. Asimismo, en relación con el número de empresas con las que aquel se puede concertar, existen en el PCAP previsiones que apuntan a que el acuerdo marco se concluirá con una única empresa. Así, en su cláusula 2 se establece que *“El adjudicatario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva, y por precio unitario, sin que la cuantía total anual se defina con exactitud por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la*



Universidad de Almería”, o la propia cláusula 23, en la que se expone que “El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación que se detalla en la cláusula 25 de este Pliego.”

No obstante lo anterior, la conclusión debe ser la contraria y se ha de entender que la previsión es que el acuerdo marco se celebre con varias empresas. De esta forma, en el anexo I del PCAP, cuadro resumen, figura en uno de sus apartados:

“ADJUDICACIÓN A MÁS DE UNA EMPRESA POR LOTE: SÍ.

Número máximo de adjudicatarios:

Para los lotes 1 al 11 podrá haber un máximo de 4 proveedores homologados y para los lotes 12 al 28 podrá haber un máximo de 8 proveedores. En ambos casos, siempre que exista un número suficiente que se ajusten a los criterios de selección.”

Por tanto, queda claro que nos encontramos en el supuesto de un acuerdo marco que se prevé concluir con varias empresas -lo que implica, obviamente, la existencia de varios adjudicatarios por cada lote o al menos en algunos de ellos- y sin que establezca todos los términos. En este sentido, y al objeto de centrar la cuestión, conviene reproducir a continuación el contenido del artículo 221.4. a) de la LCSP:

“Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con varias empresas, la adjudicación de los contratos en él basados se realizará:

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 determinar los 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 adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación (...)”



Asimismo, en lo que aquí interesa, la cláusula 29 del PCAP -contratos realizados en base al acuerdo marco- establece:

“Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán directamente. Los Centros Gestores de la Universidad de Almería podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta (Artículo 221.3 de la LCSP).

Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará siempre convocando una nueva licitación siguiendo el procedimiento establecido en el art. 221.6, excepto en los casos en que se cumplan los requisitos del art. 221.4 de la LCSP, que podrá realizarse a la empresa elegida por el Centro Gestor, una vez tramitado según se establece en el ANEXO I.”

Sostiene la recurrente que, teniendo en cuenta la redacción del artículo en cuestión, y dado que el pliego prevé la posibilidad de que se puedan llegar a adjudicar en algunos casos contratos basados en el acuerdo marco sin acudir a una nueva licitación, en este último deberían figurar todos los términos de la contratación para no vulnerar lo dispuesto en tal artículo.

Pues bien, analizando el contenido expuesto del PCAP, puede afirmarse en primer lugar que, pese a lo anteriormente indicado con respecto a la previsión de formalizar el acuerdo marco con más de una entidad, no resulta contrario a ello que en el pliego se plantee la posibilidad de que el acuerdo se concluya con un único empresario. Y ello porque, debido a múltiples circunstancias, como puede ser, por ejemplo, que solo un licitador presentara oferta, se debe contemplar tal posibilidad y resulta necesario que el pliego contenga pronunciamiento en tal sentido.

Sin embargo, sí parece innecesario el inciso *“excepto en los casos en que se cumplan los requisitos del art. 221.4 de la LCSP”*, que es el que habilitaría para poder adjudicar los contratos basados sin necesidad de nuevas licitaciones, puesto que no concurre, tal y como afirman recurrente y el órgano de contratación en su informe, el requisito del artículo 221.4 relativo a que el acuerdo marco establezca todos los términos. No obstante ello, no cabe admitir las alegaciones de AL AIR LIQUIDE sobre vulneración



de tal norma, puesto que de la redacción del pliego este supuesto es planteado como mera hipótesis, por lo que, en todo caso, solo podría quedar calificada como redacción innecesaria o excesiva, pero nunca contraria a la ley.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede desestimar el primer motivo del recurso interpuesto.

SEXTO. En segundo lugar, la recurrente impugna el apartado del PCAP dentro del anexo I -cuadro resumen- dedicado al establecimiento de reglas para la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, puesto que entiende que el órgano de contratación ha ignorado incluir previsiones relativas a los contratos de importe superior a 35.000 euros. Al respecto, el pliego establece:

“Dado que no están todos los términos establecidos en los elementos objeto del presente Acuerdo Marco, la Universidad de Almería establece como obligatorio para sus centros de gasto, las siguientes reglas para la adjudicación de contratos basados en este acuerdo marco:

1º Si el importe del contrato basado es inferior a 15.000,00 € (IVA excluido): (...)

2º Para pedidos superiores a 15.000,00 € (IVA excluido) y hasta un máximo de 35.000 € (IVA excluido), se seguirá el siguiente procedimiento: (...).”

Por su parte la Universidad de Almería señala que de manera deliberada no ha incluido en el PCAP referencia alguna a contratos de importe superior a 35.000 euros, dado que su intención es que tales contratos queden al margen de este acuerdo marco y sean licitados de manera propia e independiente.

El examen de esta cuestión requiere hacer referencia a la regulación contenida en el artículo 219.1 de la LCSP:

“Uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”



En consecuencia, tampoco puede prosperar este alegato del recurso, pues del precepto transcrito se infiere que es el órgano de contratación quien, con respeto lógicamente a las normas de aplicación, cuenta con libertad para fijar las condiciones que regirán los contratos que, en su caso, se adjudiquen, por lo que nada obliga a que también sean contempladas en el acuerdo marco previsiones relativas a contratos en el basados de importe superior a la cuantía indicada, máxime teniendo en cuenta que, tal y como está formulada la cuestión en el recurso, podría interpretarse que AL AIR LIQUIDE estaría exigiendo que los contratos pudieran ser adjudicados por el importe máximo previsto para el acuerdo marco, puesto que no expresa en su escrito ningún otro importe que pudiera actuar como tope máximo de aquellos.

En definitiva, en base a las consideraciones anteriores, procede la desestimación del segundo alegato del recurso.

SÉPTIMO. En tercer lugar, la recurrente combate la redacción empleada para la “Relación de productos solicitados” contenida en el anexo II-D del PCAP, pues entiende que se presenta de manera demasiado genérica y abierta a multitud de sub-referencias. A tal efecto, señala los siguientes ejemplos, todos sobre productos incluidos en el lote 1 (“gases”):

- Pese a no corresponder a la CPV de “gases” sino a “equipos de regulación”, como producto n.º 23 figura “manorreductores”.
- El producto n.º 2 se incluye como un gas, “aire oxígeno”, cuando debería ser tratado como dos ítems diferentes por encontrarse en el mercado bajo la forma de dos productos independientes.
- Idéntica problemática se suscita con el producto n.º 9, “butano-propano”, que debería ser dos ítems o definirse como mezcla.

Todo ello según la recurrente genera incertidumbre para las entidades licitadoras y dificulta la preparación de una oferta adecuada, coadyuvando en este sentido el hecho



de que se imponga como unidad “precio/litro”, cuando la unidad de medida habitual es el metro cúbico o el kilogramo en el mercado de gases disueltos o licuados.

Frente a ello el órgano de contratación, en su informe al recurso, combate este alegato de la recurrente haciendo referencia a las Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre, y 203/2017, de 13 de octubre, de este Tribunal, en las que se plantea que *“es el órgano de contratación el que, concedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y concedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las entidades licitadoras y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.”*

Efectivamente, esta es la doctrina que al respecto ha mantenido este Tribunal, la cual, además de en las resoluciones reseñadas, también ha sido contemplada en las Resoluciones 341/2016, de 29 de diciembre, o en la más reciente 79/2018, de 26 de marzo. Por tanto, corresponde al órgano de contratación determinar la manera o modo de configurar el objeto del contrato, lo que implica una discrecionalidad que debe ser respetada siempre que con ella no se conculquen los mencionados principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación.

Asimismo, con respecto a las concretas alegaciones formuladas por AL AIR LIQUIDE en este apartado, se debe manifestar:

- Alegato de no pertenencia del producto n.º 23, “manorreductores”, a la CPV establecida para “gases”. En este sentido se ha de indicar en primer lugar que, efectivamente, parece un error la inclusión de este producto en el lote 1 correspondiente a “gases”. Sin embargo, en relación con la problemática de



asignación de código CPV debemos recordar el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 487/2014, de 27 de junio -acogido por este Órgano en la Resolución 337/2015, de 23 de septiembre- que establecía que *“en ciertos supuestos la incardinación de la prestación en una determinada categoría de esta nomenclatura no resulta tan sencilla, ni siquiera acudiendo a las fuentes normativas como el TRLCSP, el Reglamento 2195/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002 o incluso el Reglamento 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007.*

No obstante, del análisis de las normas citadas sí que se deducen dos principios que necesariamente hemos de tener en consideración: que la nomenclatura comunitaria obedece a una finalidad descriptiva (Considerandos 3-5 del Reglamento 2195/2002/CE) y clasificatoria (considerando 9 y artículo 1 del Reglamento 2195/2002/CE), y que para determinar la codificación cabe acudir a otras fuentes de interpretación como, por ejemplo, el Manual explicativo de la Nomenclatura CPV que, pese a no poseer valor oficial, no deja de tener cierto carácter orientativo, y que afirma en su apartado 6.2: “Las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible.”... Esto no quiere decir que no pueda el órgano de contratación seleccionar todos los códigos que estime pertinentes (aunque la Comisión Europea, en su manual no oficial, recomiende un máximo de veinte) y, en el presente caso, no implica que la nomenclatura elegida no pueda incluirse también, (...) pero sí que supone que falta la adecuada para la prestación principal objeto del contrato, la cual debería ser mencionada en primer lugar, porque lo relevante, a los efectos de juzgar si la nomenclatura asignada es correcta, es que el contrato quede descrito con la referencia elegida (...)”

Por lo expuesto entendemos que con la nomenclatura elegida se define adecuadamente el objeto del presente contrato para el lote en cuestión, puesto que todos los productos en el incluidos -excepto los señalados manorreductores- son gases, y tal lote queda identificado en el pliego con los códigos CPV 24100000-5 Gases y 24110000-8 Gases industriales.

Y a mayor abundamiento, se debe indicar que esta supuesta incorrección en el PCAP, al incluir un producto en el lote 1 que no se corresponde con la CPV señalada en el pliego para dicho lote, no determina confusión en cuanto al producto a suministrar,



por lo que no se aprecia que conculque el principio de igualdad a la hora de elaborar y presentar las ofertas y, en consecuencia, resultaría desproporcionado anular toda una licitación por este aparente error que únicamente afecta a un solo producto de uno de los veintiocho lotes.

- Alegato relativo a identificación del producto “aire oxígeno” como un único ítem. Con respecto a este alegato debemos manifestar que, de ser cierto lo planteado por la recurrente, que se trata de dos productos según práctica habitual en el mercado, ha de entenderse que el pliego admite ambas opciones, es decir, que las entidades licitadoras formulen sus proposiciones ofertándolo como un solo producto o como dos diferentes.

- Alegato de identificación del producto “butano/propano” como un único ítem. Procede en este supuesto llegar a la misma anterior conclusión, por lo que ha de entenderse que el pliego admite que las entidades licitadoras formulen sus proposiciones ofertándolo como un solo producto o como dos diferentes, o incluso, como plantea la recurrente para este caso, como mezcla.

- Por último, con respecto a la exigencia de presentar las ofertas teniendo como referencia la unidad “precio/litro”, no puede ser ello concebido como vulneración de norma alguna o de principio básico de la contratación pública, pues la alegada dificultad para la preparación de una oferta adecuada puede ser solventada con una simple conversión de la unidad de medida empleada.

Procede, pues, desestimar el tercer motivo del recurso interpuesto.

OCTAVO. En cuarto lugar, impugna AL AIR LIQUIDE la cláusula 4 del PPT, en concreto, cuando en su último párrafo se establece que “*Anualmente, si procede, se hará una revisión del Catálogo de los productos para actualizar las altas y bajas de artículos en dicho Catálogo*”. Aduce la recurrente que la posibilidad de actualizar con altas y bajas de productos supone permitir modificar la oferta inicial, algo que a su juicio no resulta admisible cuando se trata de un supuesto de acuerdo marco.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso expone que tanto el acuerdo marco como los contratos en él basados son susceptibles de ser modificados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 222 de la LCSP.

Pues bien, analizadas las alegaciones de las partes, ha de concluirse que el proceder de la Universidad de Almería en este caso también ha resultado ajustado a Derecho. Al respecto, interesa reproducir el contenido, en lo que aquí interesa, del citado artículo 222 de la LCSP:

“1. Los acuerdos marco y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos. En todo caso, no se podrán introducir por contrato basados modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (...)

2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.

Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurran motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior.”

Por tanto, conforme a la regulación establecida en el artículo 222 de la LCSP, bien por iniciativa del órgano de contratación, bien a propuesta de los adjudicatarios, los productos incluidos en el acuerdo marco pueden quedar sujetos a variación por motivos de interés público o avances tecnológicos.



Asimismo, continúa esa cláusula del PCAP estableciendo que *“El precio de los artículos no relacionados en el anexo II será el que figure en el catálogo oficial de la empresa para cada ejercicio económico. En el año que se realiza la licitación debe ser entregado un catálogo de productos que será actualizado para cada ejercicio, aplicando un descuento mínimo del 5% para los productos no relacionados en el presente pliego”*. Es decir, también esta cláusula contempla la previsión relativa a la inclusión o sustitución de bienes, con la obligatoriedad de ofrecer un descuento mínimo para los productos que no formen parte inicialmente del acuerdo marco. En este sentido, dado que el pliego no concreta otro límite distinto, opera el requisito legal de que tales bienes no supongan una modificación al alza de más del 10 por ciento del precio inicial de adjudicación.

Finalmente, conforme a lo exigido en el apartado primero del artículo 222 de la LCSP, en último término las modificaciones deben respetar lo establecido en la cláusula 29 del PCAP, relativa a los contratos realizados en base al acuerdo marco y para los cuales se determina que *“las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.”* En cualquier caso, no procede anticipar el resultado al que se pudiera llegar con futuras modificaciones, puesto que sería un dato que se desconoce en este momento. Efectuar con ocasión de este recurso un análisis de este tipo supondría presumir que se va a producir una modificación sustancial, por lo que no se trata de una controversia que pueda ser ahora ventilada sino que, en su caso, podrá ser objeto de impugnación en el momento procedimental oportuno.

Con base en las consideraciones realizadas, procede, pues, desestimar el cuarto de los alegatos del recurso interpuesto.

NOVENO. Como último asunto incluido en los alegatos que la recurrente entiende como cuestiones relativas al procedimiento, impugna nuevamente el anexo I del PCAP, cuadro resumen, cuando establece:

“Presupuesto de Licitación y valor estimado del acuerdo marco:



Al ser un Acuerdo Marco, no se puede definir la cuantía exacta del mismo ni se establece presupuesto de licitación por la Universidad de Almería, si bien a efectos de estimación del volumen del presente Acuerdo, se informa a los licitadores del gasto previsto para el año 2018 para cada uno de los lotes (IVA excluido):

Nº

Lote Descripción

1 Gases110.000,00.- Euros.”

Expone la recurrente -parece que únicamente en relación con el lote 1- que pese a que el pliego exige a los adjudicatarios la entrega de los bienes por precio unitario, sin embargo el gasto se define de manera global, sin detallar “*volúmenes ni los elementos necesarios para ello.*”

Por su parte el órgano de contratación, en el informe al recurso, se opone a dicho argumento alegando que es proveedor habitual de la Universidad de Almería desde el año 2002, por lo que sin lugar a dudas conoce los volúmenes y elementos demandados por los investigadores adscritos a aquella. A tal efecto incorpora en su informe los datos de facturación de AL AIR LIQUIDE por bienes suministrados en el ejercicio actual, así como el total facturado desde 2002.

Centrando la cuestión, la recurrente lo que cuestiona es la falta de detalle -parece que en relación con el lote 1- que impide conocer volúmenes y elementos. En este sentido debemos manifestar que ninguna objeción se puede plantear en principio cuando el pliego señala que “*no se puede definir la cuantía exacta del mismo ni se establece presupuesto de licitación por la Universidad de Almería (...)*”, y ello porque las cuantías indicadas por cada lote deben entenderse como una mera estimación. Al respecto conviene recordar que el artículo 100.3 de la LCSP dispone que “*Con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición no será necesario que se apruebe un presupuesto base de licitación*”, por lo que no resulta exigible que en el PCAP se desglose el presupuesto con indicación de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. Por tanto, el valor estimado que se ha definido para este acuerdo marco funciona como una estimación del límite de gasto que podrá



afrontar la Universidad, pero sin quedar definida con carácter previo la cuantía total al no conocer con exactitud la cantidad de productos que finalmente serán suministrados. En definitiva, nos encontramos ante el mismo supuesto de hecho previsto en el artículo 16.3. a) de la LCSP para los contratos de suministro *“en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.”*

Procede, pues, la desestimación de este quinto alegato de la recurrente.

DÉCIMO. Prosigue AL AIR LIQUIDE su escrito impugnando, como segundo gran apartado en su recurso, “los criterios de adjudicación y baremo de valoración”. En aras de una mayor claridad expositiva, en este fundamento de derecho se analizarán los alegatos relativos a los criterios ponderables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, mientras que en el siguiente se examinarán los correspondientes a criterios ponderables mediante un juicio de valor.

En primer lugar, la recurrente muestra su disconformidad con el criterio de adjudicación “valor económico de la propuesta”, que queda configurado -como el resto de criterios, en el anexo III del PCAP- de la siguiente forma:

“La valoración de este apartado se realizará sobre las ofertas presentadas por las empresas licitadoras según los modelos del Anexo II D del presente Pliego de Prescripciones Técnicas, una vez que se hayan rellenado las hojas Excel de los diferentes lotes a los que el licitador se presenta. Para ello, el licitador aportará en el sobre nº 3 una lista de productos con sus características, rellenando el archivo de Excel correspondiente a los lotes sobre los que licita. Tablas sobre 3.xlsx.

Para valorar los precios se presentará una oferta para cada producto. Al tratarse de precios unitarios la oferta económica a valorar será el promedio de los precios unitarios.

La propuesta que obtenga la media más baja, obtendrá la máxima puntuación en este ítem siendo el resto de las ofertas puntuadas de forma proporcional de acuerdo a la siguiente fórmula:

Puntos = Puntuación máxima x Oferta más baja / Oferta licitador



Ajustándose su resultado a dos decimales.”

Considera la recurrente que, dado que cada licitador puede incluir libremente las referencias de producto que estime oportunas en su oferta, el planteamiento de este criterio según la fórmula expuesta induce a las entidades a proponer solo referencias de un nivel bajo, con el objetivo de obtener asimismo un bajo promedio de los precios unitarios y así poder conseguir una puntuación elevada.

Frente a ello, el órgano de contratación en el informe al recurso alega que la anterior interpretación que lleva a cabo la recurrente *“es errónea, ya que lo que se ha pretendido es todo lo contrario, que los licitadores ofrezcan productos de gran calidad.”*

Pues bien, vistas las argumentaciones de las partes se debe indicar que el alegato de la recurrente no contiene una motivación fundada para anular el criterio, siendo tal circunstancia asimismo extrapolable a cualquier licitación. Se trata pues de un razonamiento carente de fundamento para impugnar el criterio de adjudicación *“valor económico de la propuesta”*.

A mayor abundamiento, lo anterior debe ser puesto en relación con el conjunto de criterios de adjudicación. Si bien *“valor económico de la propuesta”*, como su propio nombre indica, corresponde a un criterio de los denominados *“económico”* según el artículo 145.2 de la LCSP, no es menos cierto que el PCAP contiene otros criterios de adjudicación, y con arreglo a todos ellos se busca evaluar la relación calidad-precio de las ofertas presentadas, de conformidad por tanto con lo dispuesto en el citado artículo. En efecto, como será analizado en el siguiente fundamento, el pliego también incorpora criterios cualitativos, como la calidad técnica de los productos ofertados, que puede o debe actuar como un contrapeso del anterior, pues con arreglo a él la entidad licitadora que pretenda obtener mayor puntuación sí deberá para ello ofertar productos de calidad.

En consecuencia, corresponde a cada entidad decidir cómo plantear su proposición, bien orientándola hacia la consecución de una mayor puntuación con los criterios de



carácter económico, bien incluyendo productos de gran calidad para la obtención de una puntuación elevada con los criterios cualitativos. Por tanto, carece de fundamento el alegato de la recurrente con respecto a este criterio de adjudicación, dado que, como se ha expuesto, los términos en los que ha sido formulada la impugnación exigen la valoración de todos los criterios en su conjunto, y una vez efectuada esta revisión se colige que el pliego respeta lo dispuesto en el citado artículo 145.2 de la LCSP puesto que prevé que la mejor relación calidad-precio se evalúe con arreglo a criterios tanto económicos como cualitativos.

En segundo lugar, la recurrente combate la redacción del párrafo del criterio de adjudicación “rapel” que establece: *“Por un volumen de ventas a la Universidad de entre 100.000,00 eur. y 200.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel de 0,75%, se puntuará con 2 puntos”*. Considera, tomando como ejemplo el lote 1 que cuenta con una estimación de gasto por importe de 100.000 euros, que carece de sentido la puntuación prevista -podría generar que los licitadores tiendan a ofrecer un rapel alto con una estimación de consumo bajo- y que la valoración correspondiente se efectúe a posteriori tras la realización de las compras.

Al respecto manifiesta el órgano de contratación, en el informe al recurso, que no discrepa de lo planteado por la recurrente, puesto que precisamente ese fue el objetivo buscado con tal criterio, es decir, conseguir que *“con menos recursos económicos la Universidad satisfaga sus necesidades sin disminuir la calidad de los productos suministrados.”*

Al objeto de analizar con mayor precisión la cuestión, conviene reproducir el contenido íntegro del criterio de adjudicación impugnado:

“A.3. RAPEL. - Puntuación máxima 5 puntos.

Por un volumen de ventas a la Universidad de entre 100.000,00 eur. y 200.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel de 0,75%, se puntuará con 2 puntos.

Por un volumen de ventas a la Universidad de entre 100.000,00 eur. y 200.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel del 1,5%, se puntuará con 5 puntos.

Por un volumen de ventas a la Universidad de entre 201.000,00 eur. y 300.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel del 0,75%, se puntuará con 2 puntos.



Por un volumen de ventas a la Universidad de entre 201.000,00 eur. y 300.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel del 1,5%, se puntuará con 5 puntos.

Por un volumen de ventas a la Universidad de superior a 301.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel del 2,25%, se puntuará con 2 puntos.

Por un volumen de ventas a la Universidad de superior a 301.000,00 eur. en el que ofrezca un rapel del 5%, se puntuará con 5 puntos.

Cualquier propuesta por volumen de ventas que incluya un rapel inferior al 0,75% no obtendrá puntuación alguna en este apartado.”

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes y la redacción del criterio, este Tribunal comparte para esta controversia la tesis planteada por el órgano de contratación, en el sentido de que se trata de un tipo de criterio de adjudicación con el que lógicamente la Administración busca optimizar los recursos y de este modo satisfacer sus necesidades a través de la solución más económica posible. Se procura con ello dar cumplimiento a la exigencia de eficiente utilización de los fondos destinados a la adquisición de bienes prevista en el artículo 1 de la LCSP. No se aprecia, por tanto, vulneración de norma alguna en relación con el primer alegato de la recurrente sobre este criterio. Así, en este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que en su Acuerdo 90/2016, de 8 de septiembre, determinó, con respecto a un recurso formulado contra los pliegos de un contrato de suministro de material sanitario para tratamiento de una determinada patología:

“El sistema de «bonificación» como mejora —rappel— pretende conseguir un mejor precio al superar un umbral de tratamientos, por entender que existirá una economía de escala para el adjudicatario. La finalidad de esta bonificación es reajustar el precio final en función de superar un número mínimo de tratamientos, en aras a conseguir una oferta económicamente más ventajosa. Esta posibilidad de valorar el rappel como mejora no quiebra la concurrencia, ni establece favoritismos, por lo que, siempre que esté bien diseñado el funcionamiento de la bonificación y no altere la valoración de los criterios del pliego, y en especial, del precio, resultará conforme a Derecho y compatible con la exigencia de eficiencia del artículo 1 TRLCSP.”



Con respecto al segundo alegato para este criterio, *“que se dé una valoración en teoría a posteriori una vez efectuadas las compras”*, de nuevo nada que objetar al proceder del órgano de contratación. Y ello porque, contrariamente a lo declarado por la recurrente, la valoración, como la efectuada con arreglo a cualquier otro criterio de adjudicación, se lleva a cabo con carácter previo a la realización de las compras. Lo que se analizará posteriormente por el órgano de contratación, ya en fase de ejecución de contrato, será el volumen de compras para confirmar que el contratista cumple con el descuento ofertado en su proposición. Por tanto, confunde la recurrente los términos de la cuestión, pues si bien obviamente el volumen de compras será revisado a posteriori, la valoración de la oferta con arreglo a este criterio se debe llevar a cabo con carácter previo para evaluar la mejor relación calidad-precio.

Por último, finaliza la recurrente su impugnación relativa a los criterios ponderables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas combatiendo lo establecido en el PCAP para el siguiente criterio:

“A.4. GARANTÍA ADICIONAL. - Puntuación máxima 5 puntos.

Obtendrá la máxima puntuación en este ítem la propuesta que oferte mayor periodo de garantía adicional a los 2 años exigidos por ley, siendo el resto de las ofertas puntuadas de forma proporcional.”

Entiende la recurrente que la valoración con arreglo a este criterio carece de sentido, teniendo en cuenta que la duración prevista para el acuerdo marco es de un año prorrogable por otro más.

No obstante, tampoco puede ser admitido este alegato del recurso, puesto que, tal y como expresa la Universidad de Almería en el informe al recurso, los productos incluidos en el suministro que será objeto de los contratos basados pueden tener una vida útil superior a los dos años, por lo que nada obsta para que pueda ser valorada una garantía que mejore la exigida legalmente y que debiera computarse, aun cuando no se cite de manera expresa en el pliego, desde que cada producto es puesto a disposición del órgano de contratación.



Procede, pues, desestimar el sexto motivo del recurso interpuesto.

ÚNDECIMO. Dentro del segundo gran apartado estructurado por AL AIR LIQUIDE en su recurso -“los criterios de adjudicación y baremo de valoración”- finaliza la recurrente su escrito impugnando uno de los criterios ponderables mediante un juicio de valor, en concreto, el denominado “calidad técnica de los productos ofertados”, el cual figura en el PCAP con la siguiente redacción:

“B.1. CALIDAD TÉCNICA DE LOS PRODUCTOS OFERTADOS. - Puntuación máxima 20 puntos.

La comisión técnica, asignara a los productos, un coeficiente entre 0 y 1 de ponderación, basada [sic] valoración de la variedad, calidad, prestaciones, funcionalidad y cumplimiento de la legislación obligatoria en materia de requisitos esenciales (mercado CE o equivalente, en los casos en que proceda), asignando una mayor puntuación a aquellas propuestas que, en su conjunto, alcancen un mayor grado de ajuste al conjunto de requisitos enumerados. Para ello, la comisión técnica se reserva el derecho de solicitar fichas técnicas o muestras de algunos de los productos ofertados.

Una vez realizada esta ponderación la comisión calculara el promedio de cada lote y se le asignara una puntuación de 20 puntos a la propuesta que obtenga la media más alta, siendo el resto de las proposiciones puntuadas de forma proporcional.”

Alega la recurrente falta de proporcionalidad con este criterio por no ser conocidos de antemano los coeficientes, adicionando a tal causa el hecho de que solo sea obligatorio presentar oferta para el 75 por ciento de los productos de cada lote y que se exija un mínimo de 10 puntos.

Para lograr una mayor claridad expositiva, comenzaremos el análisis de la controversia con la última de las tres cuestiones alegadas: la exigencia de una puntuación mínima para continuar en el proceso selectivo. Al respecto este Tribunal considera que no resulta desmesurado este umbral mínimo de puntuación, máxime teniendo en cuenta que los 10 puntos requeridos se establecen sobre un total de 25, es decir, que no se exige ni tan siquiera llegar al 50 por ciento de la puntuación. Y ello



porque, por error material o conceptual no queda bien precisado en el escrito de recurso sobre qué criterios actúa el umbral mínimo exigido. Mientras que la recurrente lo alega en relación únicamente al criterio “calidad técnica de los productos ofertados”, se aprecia que el PCAP se expresa en los siguientes términos:

“Umbral mínimo de puntuación en los criterios de adjudicación “B) CRITERIOS PONDERABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR” necesaria para continuar en el proceso selectivo: Será necesario obtener al menos 10 puntos.”

Es por ello que los diez puntos se exigen para la suma de los puntos previstos para el criterio impugnado y para el otro ponderable mediante juicio de valor y denominado “sitio web”, por lo que, dado que para este último se prevé un máximo de 5 puntos, el umbral mínimo se fija en relación a 25 puntos. Así las cosas, la exigencia de alcanzar 10 puntos como mínimo sobre un total de 25 no se estima desproporcionada, sino que debe ser apreciada como búsqueda de un estándar mínimo de calidad.

Al respecto, la reciente Sentencia, de 20 de septiembre de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-546/16 *Monte, S.L.*, relativa a una cuestión prejudicial suscitada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, confirmaba que el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, no infringía el Derecho comunitario -en cuanto al establecimiento de umbrales mínimos de puntuación- teniendo en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Así, el citado Tribunal estableció que:

“26. En su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de



modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio.

27. Si bien el artículo 27, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24 dispone que, en los procedimientos abiertos, cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación, esta Directiva permite que los poderes adjudicadores impongan en tales procedimientos unos requisitos mínimos en el marco de la evaluación técnica (...).

29. Además, el considerando 90 de esta Directiva recuerda que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, mientras que su considerando 92 precisa que el objetivo de dicha Directiva consiste en alentar a los poderes adjudicadores para que elijan criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.

30. Por su parte, el artículo 67, apartado 1, de la Directiva 2014/24 establece que los poderes adjudicadores aplicarán el criterio de la oferta económicamente más ventajosa para adjudicar los contratos públicos. El artículo 67, apartado 2, de esta Directiva dispone que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, como, por ejemplo, la calidad, incluido el valor técnico (...).

32. Por lo tanto, dentro del respeto de las exigencias formuladas en el apartado anterior de la presente sentencia, los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar con arreglo a sus necesidades el nivel de calidad técnica que las ofertas presentadas deben garantizar, en función de las características y del objeto del contrato de que se trate, y para establecer el límite mínimo que esas ofertas deben respetar desde un punto de vista técnico. A estos efectos, como ha alegado la Comisión en sus observaciones escritas, el artículo 67 de la Directiva 2014/24 no se opone a la posibilidad de que, en la fase de adjudicación del contrato, se comience por excluir las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica. A este respecto, resulta evidente que una oferta que no alcance ese límite mínimo no responde, en principio, a las necesidades del poder adjudicador y no debe tenerse en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa (...).”



Por tanto, ya el TRLCSP, en su artículo 150.4, habilitaba a los órganos de contratación a fijar umbrales mínimos de puntuación en la valoración de ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP. La vigente LCSP no solo ha confirmado la posibilidad de acudir a esta práctica, sino que introduce como novedad con respecto a la anterior norma de aplicación la necesidad de asignar un porcentaje mínimo si se opta por establecer un umbral con los ahora denominados criterios cualitativos. De esta forma, el segundo párrafo de su artículo 146.3 dispone que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.”*

Si bien el pliego, como ha quedado expuesto, no cumple la previsión legal de que como mínimo el umbral de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos sea del 50 por ciento, tal circunstancia no solo no es discutida por AL AIR LIQUIDE en su recurso, sino que incluso considera que existe falta de proporcionalidad al exigir el PCAP un mínimo de 10 puntos. En este sentido, a pesar de haber quedado ya suficientemente analizada la legitimidad para establecer un umbral mínimo que incluso debería haber sido superior, asimismo se debe indicar que la recurrente no alega vicio o infracción legal alguna, emitiendo solo un juicio de valor pero sin ofrecer razones o argumentos que permitan considerar que el umbral fijado por el órgano de contratación en el PCAP resulte contrario a derecho, por ser excesivo o desproporcionado.

En segundo lugar, con respecto a la siguiente causa por la que AL AIR LIQUIDE considera que existe falta de proporcionalidad con este criterio -entendiendo ello como que la ponderación de 20 puntos resulta desproporcionada por excesiva-, según la recurrente consiste en la posibilidad permitida en el pliego de presentar oferta solo para el 75 por ciento de los productos de cada lote. Así, en la cláusula 2 del PCAP, “objeto del acuerdo marco”, se establece que *“No es obligatorio presentar oferta a todos los lotes, pero sí presentar oferta al menos al 75 % de los artículos incluidos en cada uno de ellos.”*



En este sentido, no se aprecia que la ponderación de 20 puntos para este criterio resulte desproporcionada por el hecho de no resultar necesario presentar oferta para la totalidad de los productos de cada lote. Como seguidamente se expondrá, los aspectos a valorar quedan totalmente definidos en el pliego -aspectos que, por otra parte, no han sido objeto de impugnación en sí mismos por la recurrente- por lo que en nada influye la posibilidad de no tener que presentar oferta para la totalidad de los productos incluidos en el lote para el que se licite.

Por último, se analiza a continuación si existe o no falta de proporcionalidad por no quedar especificado en el pliego el baremo con los aspectos de valoración establecidos para el criterio de adjudicación “calidad técnica de los productos ofertados”.

Para la resolución de la controversia hemos de partir de lo establecido en el artículo 145 de la LCSP que dispone que los criterios de adjudicación han de estar directamente vinculados al objeto del contrato, debiendo detallarse los mismos con su ponderación en el anuncio y en el PCAP. Asimismo, la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras que consagra el artículo 1 del citado texto legal exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación.

Ahora bien, el artículo 146 de tal norma, al distinguir entre criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas y criterios que dependen de un juicio de valor, establece que con respecto a estos últimos pueden ser solicitados cuantos informes técnicos se estimen necesarios, que serán emitidos sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual, debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador.

Asimismo, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (por todas, Resolución 56/2018, de 8 de marzo), que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado



en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas.

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la Resolución 139/2014, de 23 de junio, que *“(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.”*

Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que *“Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática”*.

En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica.

En el supuesto sometido a examen de este Tribunal, el criterio de adjudicación cuestionado, “calidad técnica de los productos ofertados”, contempla cinco aspectos



de valoración o subcriterios, a saber: variedad, calidad, prestaciones, funcionalidad y cumplimiento de la legislación obligatoria en materia de requisitos esenciales. Y se prevé la posibilidad, para determinar el grado de ajuste a los mencionados aspectos o subcriterios, de requerir la aportación de fichas técnicas o incluso muestras de productos.

Es por ello que no puede darse la razón a la recurrente cuando alega falta de proporcionalidad por no ser conocidos de antemano los coeficientes. Como ha quedado expuesto, en el pliego se definen los aspectos técnicos a tener en cuenta en la evaluación del criterio, y asimismo se precisa la escala de puntos a asignar en función de que las ofertas se adecuen en más o en menos a los aspectos descritos o no lo hagan.

Por su parte el órgano de contratación en el informe al recurso afirma que los licitadores sí conocen con antelación los coeficientes, puesto que basta con dividir la máxima puntuación prevista para la valoración de los productos -un punto- entre los cinco subcriterios, dando como resultado que cada uno de estos puede ser baremado con un máximo de 0,2. No obstante, tal argumentación no es compartida por este Tribunal al no quedar recogida esta distribución de puntos en el pliego de manera expresa, pero ya se ha indicado que el hecho de que las entidades licitadoras desconozcan a priori la concreta puntuación de los subcriterios o aspectos valorables no vulnera los principios de transparencia e igualdad de trato, pues de otro modo sería imposible conciliar tales principios con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor. En cualquier caso, lo cierto es que la ponderación elegida en el informe es perfectamente viable y en base a ella quedará vinculado el órgano de contratación cuando llegue el momento de valorar las ofertas.

Procede, pues, desestimar igualmente el séptimo y último de los alegatos del recurso.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del acuerdo marco denominado “*Suministro de gases, líquidos criogénicos, reactivos, material fungible y equipamiento para los laboratorios de investigación, desarrollo, innovación y docencia de la Universidad de Almería*” (Expte. 713.18), convocado por la citada Universidad de Almería.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 22 de junio de 2018.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

