

**Recurso 368/2018****Resolución 122/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de abril de 2019

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el “Acuerdo marco de suministro de reactivos, material fungible y pequeño equipamiento para los laboratorios de investigación, desarrollo, innovación y docencia de la Universidad de Málaga (14 lotes)” (Expte. AM.SU.02/2018 SARA), convocado por la citada Universidad, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 9 de octubre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 7 de octubre de 2018 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Los pliegos rectores del acuerdo marco se publicaron en la citada Plataforma el 24 de octubre.



El valor estimado del presente acuerdo marco asciende a la cantidad de 8.088.019,2 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.** El 26 de octubre de 2018, se presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A. (AIR LIQUIDE, en adelante) contra los pliegos que rigen el acuerdo marco citado.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 29 de octubre de 2018, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida fue recibida en el Registro del Tribunal el 6 de noviembre.

**QUINTO.** El 9 de noviembre de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

**SEXTO.** Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 22 de noviembre de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.



**SÉPTIMO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

## **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.

En concreto, el acto impugnado ha sido aprobado por el órgano competente de una Universidad Pública de Andalucía, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto contra aquel del Convenio, a tales efectos, formalizado entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Málaga, el 21 de diciembre de 2012, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

**SEGUNDO.** Procede ahora analizar la legitimación de la entidad recurrente al amparo de lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, conforme al cual *“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 analizado, no consta que la recurrente haya presentado oferta en el procedimiento, si bien los motivos en que fundamenta el recurso determinan su interés legítimo en la impugnación de los pliegos, pues precisamente las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición



del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este es el criterio reiterado del Tribunal en sus resoluciones; entre las más recientes, cabe citar las Resoluciones 104/2018, de 20 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre y 73/2019, de 14 de marzo.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 de suministro con un valor estimado de 8.088.019,2 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos que rigen el citado acuerdo marco, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.b) y 2.a) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone 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 supuesto examinado, los pliegos rectores del acuerdo marco fueron puestos a disposición de los licitadores en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 24 de octubre de 2018. Por tanto, el recurso



presentado el 26 de octubre en el Registro de este Tribunal se ha formalizado en el plazo legal.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la cuestión de fondo suscitada en el mismo. AIR LIQUIDE solicita la anulación de los pliegos impugnados, fundando su pretensión en una serie de motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, alega indefinición del objeto contractual atendiendo al contenido de los apartados 1 (en particular, subapartados 1.2 y 1.3) y 2 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los apartados 1 y 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), sin que la descripción de los lotes contrarreste aquella indefinición. En concreto, la recurrente cita el lote 7 “gases”, afirmando que no se describen con precisión los gases que conforman el objeto del contrato, todo lo cual impide a los licitadores conocer el alcance de las obligaciones a asumir durante la ejecución en caso de resultar adjudicatarios.

Concluye, pues, que existe vulneración de los artículos 99.1 de la LCSP -el objeto de los contratos del sector público debe ser determinado- y 28.1 del mismo texto legal -las necesidades a cubrir por el contrato proyectado deben ser determinadas con precisión-, y ello determina, a su juicio, la nulidad de las cláusulas de los pliegos antes señaladas, toda vez que la falta de concreción del objeto aboca a que puedan exigirse productos que no aparecen en el listado descriptivo de bienes del PPT.

Frente a este motivo se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimando, en síntesis, lo siguiente:

-La finalidad del acuerdo marco “*es la homologación de empresas en número suficiente que puedan suministrar (...) todas aquellas partidas de material fungible, pequeño equipamiento, piezas y repuestos necesarios para la realización de las técnicas experimentales y de docencia que son propias en una Universidad*”, habiéndose intentado concretar al máximo las necesidades que tendrá que cubrir la Universidad, siendo imposible llegar a mayor detalle por



desconocer qué otro tipo de material o equipos y cantidades van a requerirse para dar cobertura a futuros proyectos de investigación y docencia.

- La referencia a la falta de exclusividad del acuerdo marco persigue informar a los futuros adjudicatarios que la Universidad se reserva el derecho de iniciar otras licitaciones, cuando sea necesario adquirir equipos o materiales indispensables para la cobertura de necesidades que no resulten debidamente atendidas en el marco de aquel.

- Respecto al lote 7 “gases”, el mismo relaciona los gases que, con carácter general, se adquieren en los laboratorios de la Universidad. No obstante, en el caso de que se requiera un tipo de gas no relacionado en el lote, es para lo que se solicita a los licitadores que proporcionen un catálogo de los productos relacionados con dicho lote que puedan ofrecer. Por tanto, la supuesta imprecisión alegada solo puede beneficiar a los licitadores.

- Las prestaciones a contratar pueden no estar completamente definidas en el acuerdo marco, pero sí han quedado suficientemente determinados los términos esenciales del contrato.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen; a tal efecto, debemos reproducir, en lo que aquí interesa, el contenido de las cláusulas impugnadas:

**1. Subapartado 1.2 del cuadro resumen del PCAP:** *“(...) El expediente se divide en 14 lotes y se incluyen en los mismos todos aquellos productos, que, no estando relacionados en el Pliego de Prescripciones Técnicas en cada uno de los lotes, ni con posterioridad tras la formalización del acuerdo con los distintos adjudicatarios, estén incluidos en las CPV que se indican y reúnan algunas de las siguientes características, las cuales quedarán suficientemente justificadas:*

- *Obligatoriamente deben estar destinados a su utilización en proyectos o programas de Investigación y docencia.*
- *Ser de naturaleza fungible o suministros y pequeños equipos de uso general en laboratorios.*
- *Productos de la misma naturaleza de nueva comercialización que sustituyan a los existentes o mejoren sus características técnicas o económicas”.*



En términos sustancialmente iguales se pronuncia el apartado 1 del PPT

**2. Subapartado 1.3 del cuadro resumen del PCAP: “Código CPV-2008:**

03100000-2 Productos de la agricultura y horticultura

03325000-3 Animales pequeños

15710000-8 Alimentos preparados para animales de granja y otros animales

16160000-4 Equipo diverso para jardinería

24000000-4 Productos químicos

24100000-5 Gases

33100000-1 Equipamiento médico

33140000-3 Material médico fungible

33150000-6 Aparatos de radioterapia, mecanoterapia, electroterapia y fisioterapia

33190000-8 Instrumentos y aparatos médicos diversos

33600000-6 Productos farmacéuticos

33690000-3 Medicamentos diversos

33696000-5 Reactivos y medios de contraste

33698000-9 Productos clínicos

33770000-8 Artículos de papel para uso sanitario e higiénico

33793000-5 Artículos de vidrio para laboratorio

38000000-5 Equipo de laboratorio, óptico y de precisión (excepto gafas)

39180000-7 Mobiliario de laboratorio

48460000-0 Paquetes de software analítico, científico, matemático o predictivo

48611000-4 Paquetes de software de bases de datos”.

**3. Apartado 2 del cuadro resumen del PCAP (Necesidades administrativas a satisfacer mediante el acuerdo marco):** *“Se trata de suministrar a todos los laboratorios de investigación, desarrollo, innovación y docencia de la Universidad de Málaga que lo soliciten, todas las partidas de materiales fungibles, piezas, repuestos y pequeño equipamiento científico, necesarios para la realización de las técnicas experimentales que les son propias. Se incluyen asimismo el suministro a todas las instalaciones en las que equipos de investigación de la universidad de Málaga realicen actividades de i+d+i y docencia”.*

**4. Apartado 2 del PPT:** *“(…) también se incluirán en el acuerdo marco todos aquellos productos que, aunque no figuren en el pliego de prescripciones técnicas, guarden relación con los relacionados en los respectivos lotes o que adicionalmente, por su naturaleza especial, de manera imprevista y excepcionalmente, sean necesarios para el desarrollo de actividades de I+D+I de la Universidad de Málaga.*



*La adjudicación de este acuerdo marco no supone exclusividad, pudiendo los usuarios de la Universidad que necesiten productos o elementos de esta naturaleza adquirirlos al margen de este procedimiento a otras empresas y mediante la utilización de otros procedimientos de contratación”.*

Del contenido de las cláusulas reproducidas -con la salvedad que se expondrá más adelante respecto del subapartado 1.3 y apartado 2 del cuadro resumen del PCAP sobre necesidades administrativas a satisfacer-, se desprende una grave indeterminación del objeto del acuerdo marco. No podemos acoger el alegato del órgano de contratación de que están suficientemente precisados los términos esenciales del mismo.

El objeto es un elemento esencial de todo contrato que debe estar determinado por mandato legal (artículo 99.1 de la LCSP) y, aunque el precepto señale que el objeto podrá definirse en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer sin estar cerrado a una solución única, no es esto lo que acontece en el supuesto examinado, donde se admiten como objeto del acuerdo marco productos ni siquiera mencionados en los distintos lotes, con tal que correspondan a algunos de los códigos CPV señalados en el subapartado 1.3 del cuadro resumen del PCAP y reúnan algunas de las características descritas con gran amplitud en el subapartado 1.2, tales como que los productos estén destinados a proyectos o programas de investigación y docencia, sean de naturaleza fungible o se trate de productos de nueva comercialización que sustituyan a los existentes o mejoren sus características técnicas o económicas. Incluso el apartado 2 del PPT incluye en el objeto del acuerdo marco productos que puedan no guardar relación con los descritos en dicho pliego si, por su naturaleza especial y de manera imprevista, fueran excepcionalmente necesarios para el desarrollo de actividades de I+D+i de la Universidad de Málaga.

Así pues, una definición del objeto como la contenida en las cláusulas impugnadas impide conocer de antemano a los licitadores qué productos pueden serle requeridos a través de los contratos basados en el acuerdo marco, lo que genera una grave inseguridad jurídica y una absoluta falta de transparencia, sin que la terminología legal del artículo 221 de la LCSP relativa al acuerdo marco que “no





establezca todos los términos” permita albergar una falta de concreción en su objeto de la magnitud que aquí estamos examinando.

Ciertamente, la LCSP no precisa qué ha de entenderse por “términos del acuerdo marco” ni cuál debe ser el contenido mínimo de dichos términos, pero lo que en ningún caso habilita es a que una definición genérica, abierta e imprecisa del objeto del acuerdo marco permita determinar en la fase posterior de adjudicación del contrato basado lo que se va a adquirir y en qué condiciones. No de otro modo cabe interpretar el apartado 5 del citado artículo 221 al señalar que cuando proceda una nueva licitación para la adjudicación de los contratos basados, aquella *“se basará bien en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, bien en otros términos. En este último caso, será necesario que dichos términos hayan sido previstos en los pliegos de la contratación del acuerdo marco (...).”*

Así pues, el modo en que se define el objeto del acuerdo marco y tratándose específicamente del lote 7 “gases” mencionado por la recurrente, conllevaría la posibilidad de adquisición de otros gases no descritos en el PPT con tal que reunieran los genéricos requisitos de los pliegos. Tal indeterminación no encuentra acomodo en las reglas del acuerdo marco, figura que, por definición, va dirigida a fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos basados, en particular en lo relativo al precio y cantidades (artículo 219.1 de la LCSP), lo que supone que el objeto quede definido y acotado desde el principio en los pliegos, sin perjuicio de su eventual modificación en los términos y con los límites previstos en el artículo 222 de la LCSP.

Además, el acuerdo marco, como sistema de racionalización técnica de la contratación dirigido a la fijación de las condiciones de futuros contratos que pretendan adjudicarse en un período determinado, cierra el mercado durante un tiempo a las empresas y productos seleccionados en el mismo, de ahí que el artículo 219 de la LCSP establezca la prevención de que el recurso al acuerdo marco no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.



Lo expuesto en el párrafo anterior nos lleva a concluir que tampoco es posible la previsión del apartado 2 del PPT relativa a que *“La adjudicación de este acuerdo marco no supone exclusividad, pudiendo los usuarios de la Universidad que necesiten productos o elementos de esta naturaleza adquirirlos al margen de este procedimiento a otras empresas y mediante la utilización de otros procedimientos de contratación.”* Y es que la finalidad perseguida con el acuerdo marco según el artículo 219 de la LCSP no es compatible con el contenido de esta cláusula, porque la misma permite adquirir de otras empresas no adjudicatarias del acuerdo marco productos de la naturaleza de los comprendidos en el mismo; es decir, el apartado 2 del PPT habilita la adjudicación a otros empresarios al margen del acuerdo marco, y ello, no solo atenta al objetivo mismo de racionalización de la contratación -que preside esta figura- ideando otro sistema donde el acuerdo marco “no obliga” a una de las partes, sino que deja al albur de la entidad contratante la utilización de esta técnica legal vulnerando los derechos de las empresas adjudicatarias del acuerdo marco.

Por lo demás, el criterio expuesto ya ha sido sostenido por este Tribunal, aunque con menos amplitud, en la reciente Resolución 73/19, de 14 de marzo.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso y anular los apartados del PCAP y del PPT impugnados, en cuanto albergan una indefinición del objeto del acuerdo marco que resulta contraria al artículo 99.1 de la LCSP y demás preceptos específicos reguladores de esta técnica contractual.

No obstante, tal anulación no debe formalmente hacerse extensiva al subapartado 1.3 ni al apartado 2 del cuadro resumen del PCAP: al subapartado 1.3 (descripción de los códigos CPV), porque en puridad su impugnación es meramente instrumental a los solos efectos de fundamentar la indeterminación del objeto contenida en las otras cláusulas; y en cuanto al apartado 2, porque se limita a definir las necesidades a satisfacer con el acuerdo marco, sin que la cláusula encierre en sí misma una indeterminación del objeto contractual, cometido que específicamente viene encomendado a las otras cláusulas impugnadas y que sí han sido anuladas.



**SEXTO.** En un segundo motivo, la recurrente discute los criterios de adjudicación del acuerdo marco y de los contratos basados, así como el procedimiento de adjudicación de estos últimos. Considera que los pliegos que rigen el acuerdo marco vulneran las normas de la LCSP reguladoras de esta técnica, así como las relativas a la configuración y aplicación de los criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas.

Los argumentos en que sustenta este motivo son básicamente tres. A continuación, se expondrá cada uno de ellos con la respuesta frente a los mismos que esgrime el órgano de contratación y las consideraciones de este Tribunal respecto a cada uno.

En primer lugar, AIR LIQUIDE alega que la adjudicación del acuerdo marco se realiza atendiendo exclusivamente a la oferta económica como se desprende del apartado 19.2 del cuadro resumen del PCAP, sin que medie justificación en el expediente para la utilización de este único criterio. A su juicio, se ha desatendido el postulado legal del artículo 145.1 de la LCSP sobre adjudicación de los contratos utilizando varios criterios de adjudicación, y alega que la memoria obrante en el expediente, en lugar de motivar el uso de un solo criterio frente a la regla general de varios, contiene contradicciones pues alude a la determinación de multiplicidad de criterios para, acto seguido, establecer uno solo.

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe al recurso, sostiene que no existe incumplimiento de los artículos 145 y 146 de la LCSP y que el establecimiento de un solo criterio para la adjudicación del acuerdo marco ha quedado suficientemente justificado teniendo en cuenta la naturaleza y peculiaridades de los suministros, respecto a los que se desconocen las múltiples posibilidades, variantes y cantidad de productos que cada empresa pueda ofertar conforme a sus respectivos catálogos. A tales efectos, señala que la proposición económica se formulará por referencia al descuento aplicable por los licitadores sobre los precios ordinarios de venta al público de los productos del catálogo que presente, y al objeto de evitar que las empresas suban los precios para así poder ofertar mayor descuento, se ha advertido que será causa de exclusión del procedimiento la falsedad en los precios ofertados cuando se encuentren por encima de los precios de mercado o de venta al público de la empresa.



Para el examen de este alegato, hemos de partir del contenido de los pliegos sobre el extremo denunciado. El apartado 19 del cuadro resumen del PCAP (criterios de valoración de las proposiciones) establece como único criterio de adjudicación la oferta económica, siendo su redacción la siguiente: *“Oferta económica. Descuento ofertado con carácter general para todos los productos del lote: 100 puntos (100%).*

*Se evaluará hasta un máximo de 100 puntos.*

*Se valorarán las propuestas presentadas por los licitadores de forma directamente proporcional otorgándose la máxima puntuación al licitador que ofrezca un mayor descuento con carácter global.*

*Para el cálculo de la puntuación, se utilizará la misma fórmula:*

*Puntuación = 100 x Descuento ofertado licitadora / mayor descuento ofertado.*

*Se considerará mejor oferta la que ofrezca el mayor porcentaje de descuento a aplicar sobre los suministros del lote al que se licite, según el modelo que se adjunta al anexo VII correspondiente al lote del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.”*

En parecidos términos, el apartado 8 del PPT señala que *“Se establece como criterio de adjudicación el descuento que se oferte con carácter general para todos los productos del lote. Finalizado el plazo de ejecución y en el caso de que se prorrogue el acuerdo marco se mantendrá el descuento ofertado”.*

Pues bien, hemos de partir de la dicción literal del artículo 220.1 de la LCSP conforme al cual *“Para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley”*, lo que obliga a respetar las previsiones de los artículos 145 y 146 del citado texto legal sobre requisitos, clases y aplicación de los criterios de adjudicación.

Así, el artículo 145.1 de la LCSP dispone que *“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.*

*Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148”.* Se observa, pues, que la intención del legislador es que los contratos (en este caso, el acuerdo marco) se adjudiquen



mediante la utilización de varios criterios de adjudicación, de modo que si se decide utilizar solamente el precio o la mejor relación coste-eficiencia, es necesario una justificación previa en el expediente.

En el supuesto analizado, la elección de la oferta económica como único criterio de adjudicación del acuerdo marco carece de una justificación concreta en la memoria obrante en el expediente que, además, incurre en la contradicción de señalar que hay multiplicidad de criterios para luego referirse a uno solo. El órgano de contratación, en su informe al recurso, esgrime que el establecimiento de un solo criterio ha quedado suficientemente justificado teniendo en cuenta la naturaleza y peculiaridades de los suministros, respecto a los que se desconocen las múltiples posibilidades, variantes y cantidad de productos que cada empresa pueda ofertar conforme a sus respectivos catálogos. No obstante, esta motivación que ahora se efectúa en el informe al recurso no está recogida previamente en el expediente como justificación concreta para la elección de un solo criterio, ni es admisible en los términos en que se formula pues colisiona con los postulados de la LCSP, como analizaremos a continuación.

En tal sentido, se observa que los pliegos no establecen precios unitarios máximos para los bienes de los distintos lotes (así lo disponen el subapartado 4.4 del cuadro resumen del PCAP y el apartado 6 del PPT). De este modo, las empresas licitadoras no tienen que ofertar precios por debajo de los máximos del pliego (que no existen) sino porcentajes de descuento sobre el precio de sus propios productos según catálogo aportado con el modelo de proposición económica (Anexo VII del PCAP).

Así las cosas, al ser la oferta económica el único criterio de adjudicación del acuerdo marco, la selección se efectuará atendiendo al mayor porcentaje de descuento y como este no pivota sobre el precio unitario máximo del pliego, sino sobre los precios del catálogo de cada empresa, no existe un parámetro común y único para valorar las distintas ofertas, pudiendo darse la paradoja de que la mejor proposición económica aplicando el criterio de adjudicación del PCAP no resultase la más barata, pues en teoría sería posible que el precio unitario del producto de la mejor oferta, según el catálogo aportado, fuese más caro que el de otra empresa



que, ofertando menos porcentaje de descuento, presentase de partida precios unitarios más bajos en su catálogo.

En su informe al recurso, el órgano de contratación alega que, a fin de evitar que ello pudiera ocurrir y que las empresas suban los precios para así ofertar mayor descuento, será causa de exclusión del procedimiento la falsedad en los precios ofertados cuando estos *“se encuentren por encima de los precios de mercado o de venta públicos oficiales de la empresa”*. Sin embargo, no se indica en qué cláusula de los pliegos se establece tal previsión. La única referencia encontrada (cláusula 27 del PCAP) alude a la falsedad o inexactitud de los datos y circunstancias presentadas por la empresa como causa de resolución del acuerdo marco, que operaría, no como motivo de exclusión de la licitación según señala el órgano de contratación, sino en la fase de ejecución de un acuerdo marco ya adjudicado y formalizado.

En cualquier caso, aunque los pliegos hubieran previsto que la aludida falsedad en los precios ofertados operaría como motivo de exclusión de la licitación, seguiría faltando un elemento esencial en la licitación del acuerdo marco como es el precio de los bienes previamente fijado como máximo por la entidad contratante y a partir del cual los licitadores pueden realizar sus ofertas a la baja. La ausencia de precios máximos unitarios determina que no haya topes en la licitación y que sean admitidos todos los precios ofertados por las empresas -siendo únicamente relevante el porcentaje de descuento ofrecido sobre los mismos-, omisión que resulta más grave aún teniendo en cuenta que la oferta económica es el único criterio de adjudicación.

Ello atenta al principio de selección de la oferta más ventajosa y genera situaciones de clara desigualdad entre los licitadores, vulnerando lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP en cuanto dispone que los criterios de adjudicación *“Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (...)”*.

En segundo lugar, la recurrente esgrime que la adjudicación de los contratos basados, conforme al apartado 32.4.1 del cuadro resumen, se realiza mediante la



elección por el centro gestor de la mejor opción calidad-precio, obtenida tanto a través de los precios ofertados por las empresas homologadas para cada producto disponible en los catálogos aportados con su respectivo descuento, como del plazo de entrega igualmente previsto en dichos catálogos.

A juicio de AIR LIQUIDE, esta relación precio-plazo no puede operar para constatar la mejor relación calidad-precio, pues el plazo de entrega repercute, en su caso, en la eficiencia de la prestación pero no en su calidad. Concluye, pues, que la información proporcionada en los pliegos es oscura e incierta y no permite conocer el modo en que los contratos basados se adjudicarán, vulnerándose los parámetros establecidos en el artículo 146 de la LCSP que indican el modo en que han de contemplarse e individualizarse los criterios de adjudicación del contrato. En particular, considera que no se clarifica el modo en que va a aplicarse y ponderarse el plazo de entrega, incumpléndose lo dispuesto en el artículo 146.3 de la LCSP sobre la obligación de establecer un umbral mínimo del 50% en la puntuación de los criterios cualitativos.

Frente a este alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso exponiendo que se trata de un acuerdo marco que no tiene definidos todos los términos y que va a concluirse con una pluralidad de empresas, requiriendo una nueva licitación. Por tanto, señala que la ponderación de los criterios precio-plazo para la adjudicación de los contratos basados se establecerá en las solicitudes efectuadas a las empresas homologadas, y por otro lado, frente al argumento de la recurrente de que el plazo no influye en la calidad sino en la eficiencia de la prestación, manifiesta que el plazo de entrega es un criterio cualitativo conforme al artículo 145 de la LCSP.

En el examen de este alegato, hemos de partir de lo dispuesto en el apartado 32.4.1 del cuadro resumen del PCAP cuyo tenor literal es el siguiente: *“condiciones objetivas y procedimiento para adjudicación de los contratos basados: el centro gestor elegirá la mejor opción calidad-precio de las ofertadas por las empresas homologadas en el lote al que corresponda el material o equipo solicitado. La valoración de este criterio se realizará teniendo en cuenta los precios ofertados por las diferentes empresas homologadas para cada producto disponible en los catálogos aportados incluido el descuento ofertado y el plazo de*



*entrega previsto, así se obtendrá la mejor oferta en relación calidad-precio de cada empresa adjudicataria.”*

No puede acogerse el alegato de AIRL LIQUIDE de que esta relación precio-plazo que establece el apartado transcrito no puede operar para constatar la mejor relación calidad-precio, puesto que el propio artículo 145.2.3º de la LCSP contempla el plazo de entrega como criterio cualitativo. Dice así: *“La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.*

*Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio (...) podrán ser, entre otros, los siguientes:*

*3.º (...) el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro”.*

Asimismo, la afirmación de la recurrente de que se incumple lo dispuesto en el artículo 146.3 de la LCSP porque siempre que se contemple un criterio de adjudicación cualitativo (en este caso, sería el plazo conforme a lo indicado anteriormente) es necesario establecer un umbral mínimo del 50% en su puntuación, tampoco puede acogerse. El precepto dice así: *“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”.* De su tenor literal, no cabe extraer -como interpreta la recurrente- que siempre que se establezcan criterios cualitativos hay que fijar un umbral mínimo de puntuación para continuar en la licitación, sino que, en el caso de que el órgano de contratación decida articular fases en la adjudicación, operará ese umbral mínimo de puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos. En consecuencia, si no se establecen fases, tampoco tiene que fijarse umbral mínimo alguno.

Dicho lo anterior, los restantes alegatos deben prosperar. Conforme al apartado 32.4.1 del cuadro resumen solo está claro que los criterios de adjudicación de los contratos basados serán el precio y el plazo, pero los mismos no están definidos, descritos ni ponderados en los pliegos del acuerdo marco, ni se sabe qué peso





específico podrá tener cada uno en la licitación que se promueva para la adjudicación de aquellos.

El órgano de contratación señala ahora en el informe al recurso que, como se trata de un acuerdo marco que no tiene definidos todos los términos, la ponderación de los criterios de precio y plazo para la adjudicación de los contratos basados se establecerá en las solicitudes efectuadas a las empresas homologadas parte del acuerdo marco. No obstante, tal afirmación no tiene sustento legal porque la concreción de términos en los documentos de la nueva licitación de los contratos basados no es predicable de los criterios de adjudicación, para los que el artículo 221.6 e) de la LCSP prevé que, en esa licitación, *“el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco”*.

Es decir, el legislador ha querido que, en todo caso y cualquiera que sea la modalidad del acuerdo marco -con o sin todos los términos fijados-, los criterios de adjudicación de los contratos basados queden perfectamente definidos y detallados en los pliegos del acuerdo marco. No de otro modo puede interpretarse la dicción legal referida a la valoración de las ofertas realizadas en esa segunda licitación según los criterios fijados en el acuerdo marco, expresión que no deja margen a la posterior concreción de los criterios de adjudicación de los contratos basados. En el sentido expuesto, se pronuncia también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1042/2018, de 16 de noviembre, cuando señala que

*“(…) una cosa son los “términos” del contrato y otra los “criterios de adjudicación”. (...) si bien en los acuerdos marco suscritos con una pluralidad de empresarios es dable diferir el concreto detalle, precisión o definición de los términos de los contratos a la nueva licitación que, para la adjudicación de los contratos derivados, ha de convocarse, los criterios de adjudicación de estos han de resultar debidamente detallados en los propios pliegos rectores del acuerdo marco.*

*(...) La necesidad de no discriminar a los licitadores ya desde la fase del acuerdo marco hace que los pliegos deban redactarse en términos que vinculen a los órganos de contratación que deben adjudicar los contratos derivados, en cuanto*



*a los criterios de adjudicación a seleccionar y a la ponderación que debe corresponder a cada uno de ellos, de forma que resulte suficientemente orientativa para los posibles licitadores a la hora de formular sus ofertas.*

*Y esta finalidad la cumple el pliego impugnado ya que establece los criterios de adjudicación y su ponderación para ser adjudicatarios del acuerdo marco y los criterios y su ponderación para adjudicar los contratos basados en aquel, pudiendo los licitadores orientarse sobre las características de los servicios que definitivamente se solicitan”.*

Pues bien, expuesto lo anterior, hemos de concluir que el apartado 32.4.1 del cuadro resumen del PCAP vulnera lo dispuesto en el artículo 221.6 e) de la LCSP , toda vez que, conforme a la redacción de aquel, la mejor oferta en relación calidad-precio para el contrato basado se obtendrá “*teniendo en cuenta los precios ofertados por las diferentes empresas homologadas para cada producto disponible en los catálogos aportados incluido el descuento ofertado y el plazo de entrega previsto*”, sin concretar en qué modo operarán ambos criterios ni qué parámetros se tomarán en consideración para la valoración de las ofertas con arreglo a los mismos. Ello atenta a los principios de transparencia e igualdad, toda vez que los licitadores del acuerdo marco no disponen del conocimiento necesario para orientar desde el principio sus ofertas tomando en consideración los aspectos y circunstancias que valorará el órgano de contratación tanto en la fase de adjudicación del acuerdo marco, como en la posterior de adjudicación de los contratos basados.

En tercer lugar, AIR LIQUIDE aduce que el apartado 10.2 del PPT establece un procedimiento para la adjudicación de los contratos basados que carece de cobertura legal, estableciendo diferencias en su tramitación en función de los importes de los pedidos sin justificación ni motivación alguna. En tal sentido, la recurrente plantea que se desconoce, de un lado, cuál es la razón por la que el pliego establece un procedimiento para la adquisición de pedidos cuyo importe es inferior a 15.000 euros, IVA excluido y, de otro, si esa limitación cuantitativa tiene alguna relación con la regulación de los contratos menores.



Frente a ello, opone el órgano de contratación que no cabe sostener que el procedimiento previsto en el apartado 10.2 del PPT prevea una adjudicación directa, ya que el citado apartado señala que se elegirá la mejor oferta en relación calidad-precio, según los criterios detallados en el cuadro resumen del PCAP.

Pues bien, la redacción del apartado 10.2 del PPT “Procedimiento de los contratos basados según el importe estimado” establece:

*“a) Para la adquisición de los pedidos cuyo material esté destinado a usos docentes, cuyo importe sea inferior a 15.000 euros IVA excluido o inferior a 50.000 euros IVA excluido si el material solicitado es destinado a actividades de investigación, se tramitarán indistintamente utilizando uno de los siguientes procedimientos:*

*1) Mediante elección directa del adjudicatario, previa comprobación de la existencia de dicho producto en los catálogos aportados por todos los adjudicatarios del lote, accesibles en el micrositio habilitado para este acuerdo marco, y eligiendo la mejor oferta en relación calidad-precio, según los criterios detallados en el apartado 32.4.1 del cuadro resumen, motivando su elección y procediendo a la petición*

*2) A través de la aplicación informática habilitada al efecto a través de la cual se dirigirá la petición a todas las adjudicatarias del lote. La aplicación mostrará al usuario las distintas ofertas aportadas por los adjudicatarios. Una vez elegida la mejor oferta en relación calidad precio, según los criterios detallados en el apartado 32.4.1 del cuadro resumen, el peticionario motivará su elección y procederá a efectuar la petición.*

*b) Para la adquisición de los pedidos cuyo material esté destinado a usos docentes, cuyo importe sea igual o superior a 15.000 euros IVA excluido o igual o superior a 50.000 euros IVA excluido si el material solicitado es destinado a actividades de investigación, se tramitarán obligatoriamente a través de la aplicación informática habilitada al efecto a través de la cual se dirigirá la petición a todas las adjudicatarias del lote. La aplicación mostrará al usuario las distintas ofertas aportadas por los adjudicatarios. Una vez elegida la mejor oferta en relación calidad precio, según los criterios detallados en el apartado 32.4.1 del cuadro resumen, el peticionario motivará su elección y procederá a efectuar la petición.*

*c) Los adjudicatarios están obligados a remitir a la mayor brevedad posible, máximo 24 horas, a no ser que se indique en algún caso concreto un plazo menor, (de) la disponibilidad existente, precio y (del) plazo de entrega (...).”*

En el examen del motivo resulta fundamental partir de lo dispuesto en el artículo 221 de la LCSP sobre adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco.



Como quiera que el acuerdo marco regulado en los pliegos impugnados se pretende concluir con varias empresas, transcribimos los apartados 4 y 5 del precepto relativos a esta modalidad.

*“4. 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 acudiría 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.*

*Las previsiones anteriores serán también aplicables a determinados lotes de un acuerdo marco, siempre que, en relación con ese lote o lotes en concreto, se hubiera cumplido con los requisitos fijados en el citado apartado y con independencia de las previsiones de los pliegos en relación con el resto de lotes del acuerdo marco.*

*b) Cuando el acuerdo marco no establezca todos los términos, invitando a una nueva licitación a las empresas parte del acuerdo marco.*

*5. Cuando en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 anterior, para la adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco procediera una nueva licitación, esta se basará, bien en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, bien en otros términos. En este último caso, será necesario que dichos términos hayan sido previstos en los pliegos de contratación del acuerdo marco y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado.*

*Por otra parte, si los pliegos del acuerdo marco no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos basados, esta deberá necesariamente*



*incluirse en los documentos de licitación correspondientes a dichos contratos basados”.*

En el supuesto analizado, estamos en presencia de un acuerdo marco a celebrar con varios empresarios en el que no se establecen todos los términos, extremo que admite expresamente el órgano de contratación. Por tanto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 221.4 b) de la LCSP, ha de invitarse necesariamente a las empresas parte del acuerdo marco a una nueva licitación para la adjudicación de los contratos basados y este mandato legal se incumple desde el momento que el apartado 10.2 del PPT prevé la posibilidad de elección directa del adjudicatario, sin previa licitación, para la adquisición de pedidos de importe inferior a 15.000 euros, IVA excluido, ó a 50.000 euros, IVA excluido, si el material solicitado es destinado a actividades de investigación.

No es posible acoger el alegato del órgano de contratación de que el pliego no prevé una adjudicación directa por el hecho de que señale que se elegirá la mejor oferta en relación calidad-precio. Tal precisión solo permitiría apoyar que la elección no es absolutamente discrecional e ilimitada, pero sigue sin desvirtuar la realidad de su carácter directo sin la obligada licitación exigida por la ley.

En definitiva, para los acuerdos marco, como el presente, que no establecen todos los términos, la celebración de una segunda licitación para la adjudicación de los contratos basados es una obligación y no una posibilidad (artículo 221.4 b) LCSP) y ello con independencia de la cuantía de los pedidos.

El apartado 10.2 del PPT introduce, pues, una diferenciación en el procedimiento a seguir en función del importe de los contratos basados que la ley no establece, vulnerando lo dispuesto en la misma.

Con base en todas las consideraciones realizadas en este fundamento, procede estimar este segundo motivo del recurso -cuyo análisis hemos desglosado en tres alegatos diferentes – y anular las cláusulas impugnadas de los pliegos.



**SÉPTIMO.** En un último motivo, AIR LIQUIDE esgrime que la LCSP establece como obligatoria la contratación pública electrónica, mientras que el apartado 11.3 del cuadro resumen del PCAP se refiere a la presentación de las proposiciones de forma manual en papel.

En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que obra en el expediente justificación sobre la no utilización de medios electrónicos.

Pues bien, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP sobre “*Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley*” establece en su apartado 3 :

*“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:*

*a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.*

*b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.*

*c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.*

*d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos.*

*Con respecto a los intercambios de información para los que no se utilicen medios electrónicos con arreglo al presente apartado, el envío de información se*



*realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos”.*

En el supuesto analizado, obra en la página 211 del expediente una declaración o informe firmado por el órgano de contratación en el que se hace constar que *“La Universidad de Málaga se encuentra en proceso de implantación de la licitación electrónica para la contratación administrativa a través de la Plataforma de Contratación del Estado, realizando las pruebas pertinentes para solicitar el alta en el entorno productivo de dicha Plataforma, por lo que mientras finaliza este proceso y para no paralizar la actividad universitaria, con el consiguiente perjuicio al interés público, en atención a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre por la que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público, este Rectorado considera no viable la presentación de ofertas y solicitudes de participación de forma electrónica.”*

A la vista de tal justificación, aunque se ha motivado la razón por la que no se han utilizado medios electrónicos, aquella no se ha efectuado en atención concreta a algunos de los supuestos legales recogidos en la disposición adicional transcrita. Por ello, procede estimar el motivo y en los nuevos pliegos que puedan aprobarse, de mantenerse la situación actual de presentación de ofertas en papel, deberá indicarse el supuesto legal que, en concreto, concurre a través de una adecuada y suficiente justificación, habida cuenta que la regla general tras la aprobación de la LCSP es la presentación de ofertas en formato electrónico.

Por cuanto se ha argumentado y en los términos que han quedado expuestos, procede estimar el recurso y en consecuencia, anular los pliegos impugnados y demás actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación; en particular, la anulación afecta a:

- El subapartado 1.2 del cuadro resumen del PCAP y apartados 1 y 2 del PPT.
- Los apartados 19.2 del cuadro resumen del PCAP y 8 del PPT.
- Apartado 32.4.1 del cuadro resumen del PCAP.
- Apartado 10.2 del PPT.



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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el “Acuerdo marco de suministro de reactivos, material fungible y pequeño equipamiento para los laboratorios de investigación, desarrollo, innovación y docencia de la Universidad de Málaga (14 lotes)” (Expte. AM.SU.02/2018 SARA), convocado por la citada Universidad y en consecuencia, anular los actos impugnados conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 9 de noviembre de 2018.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

