



EB 2018/073

Resolución 106/2018, de 11 de septiembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AL AIR LIQUIDE ESPAÑA SA contra los pliegos del acuerdo marco “Suministro de fungibles al Basque Center for Macromolecular Design and Engineering (Polymat Fundazioa)” (Lote 6), tramitado por Basque Center for Macromolecular Design and Engineering (Polymat Fundazioa).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de junio de 2018, AL AIR LIQUIDE ESPAÑA SA (en adelante, AIR LIQUIDE) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del lote nº 6 del acuerdo marco “Suministro de fungibles al Basque Center for Macromolecular Design and Engineering (Polymat Fundazioa)”, tramitado por Basque Center for Macromolecular Design and Engineering (Polymat Fundazioa).

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador con fecha 13 de junio de 2018, este OARC/KEAO ha recibido la copia del expediente de contratación junto con el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, el 19 de junio de 2018.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 14/2018, de 21 de junio de 2018, de este OARC/KEAO se acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto del Lote 6.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

La recurrente goza de legitimación para la interposición del recurso, pues se trata de una empresa que tiene por objeto social la fabricación, compra y venta, bajo todas sus formas, del aire líquido, del oxígeno, del nitrógeno, el argón, del hidrógeno y de cualesquiera otros gases especialmente comprimidos o líquidos y el objeto de su impugnación son los pliegos del contrato en lo referente al lote 6 cuyo objeto es el suministro de gases y nitrógeno. Consta en el expediente la representación de don D. R. T., para actuar en nombre de la recurrente.

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

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los acuerdo marco que tienen por objeto la celebración de contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Basque Center for Macromolecular Design and Engineering (Polymat Fundazioa) tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Es obligación del órgano de contratación describir las propiedades que debe reunir la oferta objeto de licitación para que los licitadores presenten su proposición con todos los términos definidos en el marco de la oferta de mayor relación calidad-precio, tal y como establece el artículo 28 LCSP.
- b) No se permite conocer el alcance de las obligaciones a asumir en fase de ejecución por la posibilidad que consta en los pliegos de suprimir, sustituir e incluso modificar las características de los fungibles, vulnerando el art. 99 LCSP.
- c) En relación con los fungibles incluidos en el lote 6, no se especifica el tamaño, la pureza, las impurezas o el estado de lo que se demanda, lo cual influye en el coste y el precio de venta a ofrecer.
- d) Existe contradicción entre las cláusulas 6 y 18 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) sobre los términos del contrato, pues en la primera se indica que habrá licitación para los contratos específicos mientras que, en la segunda, se indica que no habrá convocatoria de licitación.
- e) Se indica en la cláusula 18 del PCAP que los criterios de adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco serán el precio y, en su caso, el



plazo, resultando indeterminado (“...en su caso”) que vaya a utilizarse este último criterio.

f) La pretensión del recurso es la de que se declare la nulidad de los pliegos impugnados.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Polymat Fundazioa se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El objeto del acuerdo marco está determinado e identificado en la cláusula 1 del PCAP y en la cláusula 2 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT).

b) La contratación se está tramitando a través de un acuerdo marco (artículos 219 a 222 LCSP) en el que no todos los términos del contrato están fijados en el pliego inicial los cuales se definirán y concretarán en una posterior licitación para la adjudicación de los contratos derivados, (fungibles a suministrar y unidades, lugar y plazo de entrega, precios unitarios máximos, valor estimado y criterios de adjudicación). En su primera fase no se exige que se predeterminen todas las condiciones el contrato.

c) La posibilidad de que los fungibles puedan suprimirse o sustituirse e incluso modificarse no está relacionado con la determinación del objeto del contrato sino con la posibilidad de su modificación, siendo los supuestos previstos en la cláusula 15 del PCAP los regulados en el art. 222 LCSP.

d) En lo que respecta a la relación de productos detallados en el Lote 6, los fungibles que lo integran son gases y nitrógeno y POLYMAT determinará y concretará las solicitudes o consultas en función de las necesidades.

e) La remisión en la Cláusula 18 del PCAP al apartado a) del art. 221.4 LCSP es errónea pero ello en nada altera la regulación del PCAP. De la lectura



conjunta de las cláusulas 6 y 18 del PCAP se deduce que para la adjudicación de los contratos derivados habrá una nueva licitación y en la consulta o solicitud se concretarán los fungibles a suministrar y las unidades, el lugar y plazo de entrega, los precios unitarios máximos, el valor estimado y los criterios de adjudicación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Tres son las cuestiones planteadas en el recurso: (i) la indeterminación del objeto del acuerdo marco, (ii) la posibilidad de que el órgano de contratación pueda unilateralmente modificar los términos del acuerdo marco y (iii) la necesidad de que los criterios de adjudicación de los contratos basados se hallen fijados en los pliegos del acuerdo marco.

a) El acuerdo marco y la fijación de sus términos

El análisis de las cuestiones planteadas debe partir de la regulación de los acuerdos marco que figura en los artículos 219 a 222 de la LCSP, ubicados en la Sección 2ª “Acuerdos marco” del Capítulo II. “Racionalización técnica de la contratación”, del Título I. “Disposiciones generales”, que son la trasposición al derecho nacional del artículo 33 de la Directiva 2014/24, y que incorporando las novedades procedentes de ésta mantienen, en buena medida, el régimen previsto en los artículos 194 y siguientes del TRLCSP.

El acuerdo marco es el suscrito entre uno o varios órganos de contratación del sector público con una o varias empresas en el que se definen los términos y las condiciones conforme a los cuales pueden realizarse adquisiciones específicas durante su vigencia (art. 219 LCSP). Se caracteriza porque mientras está vigente una relación contractual de tracto sucesivo, se suceden múltiples relaciones contractuales secundarias derivadas de la primera.



En lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa, resulta relevante señalar que bajo el término de “acuerdo marco” la LCSP contempla dos situaciones diferentes: acuerdos en los que se fijan todos los términos (art. 221.4.a) LCSP) y aquellos en lo que no se fijan todos los términos (art. 221.4.b) LCSP), lo que significa que algunas de las estipulaciones contractuales deben ser concretadas más adelante, en el contrato basado en el acuerdo marco¹.

A la vista del PCAP y el PPT del acuerdo marco impugnado, éste se incluye en esta última categoría y, como primera cuestión, el recurrente les achaca falta de determinación de su objeto. En concreto, en lo concerniente al Lote 6, se efectúa la siguiente definición de su objeto en la cláusula 1 del PCAP:

1. OBJETO

(...)

Lote 6: Gases y nitrógeno: CPV- 24100000-5 y 24111000-5

(...)

La descripción de los fungibles incluidos en cada Lote son los señalados en el Pliego de prescripciones Técnicas.

Por su parte, en el PPT, en lo que concierne al objeto del contrato figuran las siguientes cláusulas:

1. OBJETO

(...)

Lote 6: Gases y nitrógeno: CPV- 24100000-5 y 24111000-5

(...)

2. DESCRIPCIÓN DE LOS FUNGIBLES A SUMINISTRAR

(...)

Lote 6: Gases y nitrógeno: Balas de nitrógeno, aire sintético, helio, hidrógeno y argón. Nitrógeno líquido.

¹ Apartado 1.1 del Documento CC/2005/03_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005



El órgano de contratación goza de amplia libertad para definir la estructura y contenido de los acuerdos marco y la LCSP no precisa qué se debe entender por “términos del acuerdo marco” ni qué contenido mínimo han de tener éstos, no obstante, el artículo 220.1 de la LCSP, dispone que su celebración se efectúe conforme a las normas de procedimiento establecidas en las secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro segundo (artículos 115 a 187), lo cual exige que, además de que se respeten las reglas habituales aplicables al procedimiento de adjudicación elegido, sobre todo, en materia de publicidad, plazos, criterios de exclusión, de selección y de adjudicación², en lo que a la cuestión planteada en el recurso importa, se establezca el marco de las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación.

El artículo 221 de la LCSP posibilita que no todos los términos de los contratos basados se fijen en el acuerdo marco, si bien según su apartado 5 la selección del contratista a efectuar en el contrato basado debe efectuarse en los mismos términos especificados en el acuerdo marco, si es necesario precisándolos, y, si llega el caso, en otros términos previstos en el pliego de contratación del acuerdo marco los cuales se han de concretar con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado. No obstante, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (art. 222.1 LCSP). Consecuentemente, el artículo 221 de la LCSP no habilita a que se realice una definición genérica de lo requerido en el acuerdo marco y a que la práctica totalidad de las condiciones del contrato, y en particular de su objeto, se definan en la fase posterior, esto es, en el contrato basado.

Esto último es la circunstancia que a juicio de este OARC/KEAO concurre en el acuerdo marco que nos ocupa, en el que se define el objeto de su lote 6 en referencia a una relación de distintos tipos de gases (balas de nitrógeno, aire sintético, helio, hidrógeno, argón y nitrógeno líquido), sin ninguna

² Apartado 2.1 del Documento CC/2005/03_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005



especificación ni prescripción técnica adicional, en particular, ninguna referencia a las características generales de los bienes requeridos, como la calidad mínima de los productos, una estimación sobre consumos o una mínima referencia a la forma de entrega de los bienes. Esta conclusión se ve reforzada por el dato de que **la selección de los licitadores se efectúa únicamente sobre la base de la acreditación de la solvencia económica y financiera** (cláusula 10 del PCAP) y **no sobre la base de criterios de adjudicación del acuerdo marco**, lo cual es consecuente con el contenido de los pliegos, ya que, si no se ha establecido término o condición alguna no es posible basar en ellos la celebración del acuerdo marco; es decir, no hay un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, lo que contradice la misma naturaleza del acuerdo marco.

El poder adjudicador alega la cláusula 18 del PCAP, relativa a la adjudicación y formalización de los contratos específicos, como aquella en la que se fijan de forma definitiva las determinaciones y concreciones de lo que realmente se contratará. Conforme a esta cláusula, la concreción del precio, plazo, precios unitarios de los fungibles a suministrar y sus unidades se efectuará en el contrato basado en el acuerdo marco. Siendo ello correcto, lo cierto es que en el caso que nos ocupa previamente no se ha fijado el marco en el que las empresas seleccionadas competirán entre ellas. En concreto, no hay precios unitarios ni plazos ni condiciones de ejecución o de calidad que mejorar y no hay certeza de que todas las empresas seleccionadas puedan suministrar los bienes solicitados.

En relación a esta cuestión este OARC/KEAO no puede por menos que hacer referencia a los **riesgos que para la salvaguarda de la libre competencia suponen unos pliegos** que, además de **no realizar una estimación de consumos, no exigen que se presenten unos precios iniciales que, a modo de precios máximos,** puedan ser objeto de mejora en los contratos basados en los términos del contrato marco que se liciten en el futuro o sobre los que proponer sustituciones en el marco del artículo 222.2 de la LCSP. Téngase en cuenta



que, mediante el acuerdo marco se cierra el mercado de la compra de dichos productos durante un periodo de tiempo (en este caso la cláusula 5 del PCAP es contradictoria pues de un lado señala que el plazo será desde el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2022, con posibilidad de prórroga, y por otra que el período inicial y las posibles prórrogas serán de cuatro años), lo cual aumenta el riesgo de colusión entre los participantes al crear un circuito cerrado de licitaciones durante un tiempo determinado sin sujeción previa a ningún término o condición contractual.

b) Sobre la modificación del objeto del acuerdo marco

Se denuncia la siguiente condición de la cláusula 1 del PCAP:

1. OBJETO

(...)

Los fungibles a suministrar podrán suprimirse o sustituirse unas clases por otras, comprendidas asimismo en el Lote correspondiente, e incluso modificarse sus características (en aspectos no esenciales, tales como tamaño, etc.), si las circunstancias a juicio de POLYMAT, así lo quieren.

Nos encontramos ante una cláusula en la que se prevé un supuesto de modificación del objeto del acuerdo marco. En esta materia, el artículo 222.1 de la LCSP se remite a las reglas generales de la modificación de los contratos (artículo 222.1 de la LCSP), que en relación con las modificaciones previstas en los pliegos o el anuncio de licitación y en lo que al objeto del recurso interesa, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 204 LCSP):

- La cláusula de modificación debe estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.
- Dicha cláusula debe precisar con el detalle suficiente el alcance, límites y naturaleza de la modificación, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y el procedimiento para su adopción.



- La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas.

A juicio de este OARC/KEAO la cláusula denunciada incumple las disposiciones del art. 204.1 de la LCSP en varios aspectos: (i) se refiere a la modificación de unos términos del acuerdo marco que no se han precisado (p. ej. no figura condición alguna sobre el tamaño), (ii) no aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta (modificarse las características en aspectos no esenciales) e implica que el poder adjudicador puede suprimir o sustituir los bienes objeto del acuerdo marco unilateralmente y sin justificación alguna. Todo ello supone que, de hecho, la ejecución de los contratos basados quede al albur de una decisión que el poder adjudicador puede tomar arbitrariamente, es decir, sin sujetarse a regla o límite alguno más allá de una genérica mención a “si las circunstancias a juicio de POLYMAT, así lo requieren”, en flagrante contradicción con el artículo 204.1.b) que exige que los candidatos y licitadores puedan prever el alcance exacto de la modificación prevista (ver, en este sentido, la Resolución del OARC/KEAO 52/2017), (iii) habilita al poder adjudicador a realizar cualquier clase de modificación, sustancial o no, ya que unilateralmente puede suprimir fungibles o sustituir unas clases por otras sin límite alguno, lo cual resulta contrario al artículo 222 de la LCSP y a los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia, que deben respetarse no sólo en el procedimiento de adjudicación sino también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice (ver en este sentido, Resolución 101/2016 de OARC / KEAO), y, finalmente, (iv) no especifica las circunstancias objetivas que habilitan la modificación del acuerdo marco.

El poder adjudicador alega que dicha cláusula está amparada por el art. 222.2, último párrafo de la LCSP, que habilita al órgano de contratación, por propia



iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de éste, a incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren 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 10 por cien del inicial de adjudicación, salvo que el PCAP hubiera establecido otro límite. Sin embargo, a juicio de este OARC/KEAO esta alegación no se refiere a la cláusula recurrida sino a la que figura en los párrafos cuarto y quinto de la cláusula 1 del PCAP, que no han sido recurridas y que son las únicas que contienen “cláusulas de progreso” que pudieran estar amparadas por el citado artículo.

c) Los criterios de adjudicación en los contratos basados

La cláusula 18 del PCAP establece que los criterios de adjudicación de los contratos basados serán el precio y, en su caso, el plazo. Esta posibilidad de incluir o no este criterio de adjudicación es denunciada por el recurrente por considerarla contraria a la LCSP.

El procedimiento para la licitación de los contratos basados en el acuerdo marco se regula en el artículo 221.6) de la LCSP, cuyo letra e) dispone que dichos contratos se adjudicarán 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. Consecuentemente, lleva razón el recurrente al considerar que no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado sino que todos los criterios deben estar predeterminados en el acuerdo marco, sin perjuicio de que el criterio “plazo de ejecución” pueda ser precisado en el contrato basado, como por ejemplo que se solicite su oferta en horas, días o meses.



d) Conclusión

Si bien es posible que un acuerdo marco no contenga todos los términos de la licitación, ello no significa que apenas se describa término alguno ya que los posteriores contratos se han de basar en lo contenido en el acuerdo marco. Por dicha razón el recurso ha de ser estimado y, en lo concerniente al Lote 6, anular la cláusula 1 y 2 del PPT y cláusula 1 del PCAP por carecer de una determinación del objeto del acuerdo marco lo suficientemente explícita y por prever un supuesto de modificación que no se ajusta a los requisitos del art. 204 y 222 de la LCSP, así como la cláusula 18 del PCAP por contemplar el plazo como criterio de adjudicación facultativo en los contratos basados.

Habida cuenta de la importancia y alcance de las cláusulas anuladas, entre las que se encuentra la referida al objeto del contrato, debe cancelarse la licitación en lo referente al Lote 6 (ver, en este sentido, entre otras muchas la Resolución 58/2018).

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

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AL AIR LIQUIDE ESPAÑA SA contra los pliegos del acuerdo marco “Suministro de fungibles al Basque Center for Macromolecular Desing and Engineering (Polymat Fundazioa)” (Lote 6), tramitado por Basque Center for Macromolecular Desing and Engineering (Polymat Fundazioa) y en su virtud,



en relación con el lote 6, anular las cláusulas señaladas en el fundamento jurídico octavo, letra d) de esta Resolución y cancelar dicha licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación del Lote 6 acordada por la Resolución B-BN 14/2018, de 21 de junio de 2018, de este OARC/KEAO

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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

QUINTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

SEXTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de septiembre de 2018