

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 18 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Nippon Gases España, S.L.U. (en adelante NIPPON), contra la resolución de 5 de mayo en lo relativo a la adjudicación del Lote 1 (gases puros e industriales), expediente 28 CB GASES 2021, contrato basado en el “Acuerdo Marco 2/2019 de Suministro de gases puros, industriales, mezcla de gases a presión y líquidos criogénicos para los centros de la Universidad Complutense de Madrid y la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid” este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 22 de marzo de 2019 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público y el posterior 23 de marzo en el DOUE se convoca la licitación del Acuerdo Marco de referencia, dividido en tres lotes cuyo valor estimado es de 4.200.000,00 euros.

Segundo.- El 16 de abril de 2021 el órgano de contratación solicitó ofertas a los adjudicatarios del Acuerdo Marco 2/2019 para el Lote 1 y 2.

El 27 de abril de 2021, el director gerente de la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid y la directora del Área de Gestión Económica Proyectos de Investigación de la FGUCM acuerda excluir a MESSER IBÉRICA por presentar oferta incompleta, al presentar solo oferta para el Lote 1, y se acuerda la adjudicación de los 2 lotes a NIPPON.

El 5 de mayo, el órgano de contratación emite una subsanación de errores del informe-propuesta de adjudicación de fecha de 27 de abril de 2021 y formula nueva propuesta de adjudicación. Así adjudica el Lote 1 a MESSER y el Lote 2 a NIPPON. Fundamenta esa nueva adjudicación en que se ha detectado error en el expediente de celebración del contrato basado en el Acuerdo Marco de referencia al no haberse procedido a realizar la propuesta de adjudicación por lotes de forma independiente.

Tercero.- El 28 de mayo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de NIPPON contra la adjudicación del Lote 1 a MESSER, solicitando su exclusión del procedimiento tal y como se acordó en la resolución de adjudicación de 27 de abril. Adicionalmente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 2 de junio de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En el informe solicita la desestimación del recurso y se opone a la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para el Lote 1 por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 10 de junio de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3

de la LCSP, debido a que el acto impugnado es la adjudicación de un contrato basado, lote 1, del Acuerdo Marco de referencia.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 1 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo MESSER presenta alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de mayo de 2021, practicada la notificación el 7 de mayo, e interpuesto el recurso el 28 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato basado en un Acuerdo Marco, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2 c) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar la

Cláusula 36 del Acuerdo Marco de referencia.

“Adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse se invitará a la licitación a todas las empresas partes del acuerdo marco, que de acuerdo con los términos de la adjudicación del mismo, estuvieran en condiciones de realizar el objeto del contrato basado.

(...)

e) Las empresas parte del acuerdo marco invitadas a la licitación de conformidad con lo dispuesto en la letra a) anterior, estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación del contrato basado”.

Alega la recurrente que la cláusula 36 es transcripción literal del artículo 221 de la LCSP.

En relación con la invitación efectuada por el órgano de contratación manifiesta que se solicitó oferta para los lotes 1 y 2 y que de conformidad con el Acuerdo Marco había que presentar oferta a ambos lotes. Sin embargo MESSER solo presentó oferta para el Lote 1.

El recurrente se opone la justificación que ofrece el órgano de contratación al rectificar su “error” consistente en que en el documento de licitación se solicitaba que se presentara oferta en los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco, pero sin que se estipulara la obligación de licitar a todos los lotes, por lo que la valoración de las ofertas se debió hacer de forma independiente para cada lote. Sin embargo, el recurrente no coincide en esa interpretación puesto que la obligación de presentar oferta se recoge en el propio pliego y la oferta se solicitó para los 2 lotes. De hecho, el propio presupuesto máximo de licitación es único y conjunto, sin que esté dividido por lotes, aunque los elementos que componen cada lote tengan un precio máximo unitario.

En defensa de sus pretensiones alega que así también lo entendieron el resto de licitadores salvo AIR LIQUIDE ESPAÑA, que no presentó oferta a ninguno de los

Lotes con las consecuencias que ello pueda tener.

Por ello, considera que la falta de presentación de oferta de MESSER a uno de los lotes a los que había sido invitada, supone un incumplimiento de los pliegos y de la LCSP, que debe dar lugar a la exclusión de su oferta. De lo contrario, si fueran los propios licitadores los que, dentro de los lotes a los que fueran invitados por el órgano de contratación eligieran aquéllos a los que quieren presentar oferta, podría darse el caso de que determinados lotes que pudieran resultar menos atractivos por distintas cuestiones, quedaran desiertos porque ninguno de los homologados para dichos lotes estuviera interesado en presentar su oferta.

El órgano de contratación alega que, tras la adjudicación de ambos lotes, el 27 de abril de 2021, a NIPPON, recibió un correo de la empresa MESSER advirtiendo al órgano gestor del contrato que en el documento de licitación no se establecía la obligatoriedad de licitar a los dos lotes y que por ello sólo había presentado oferta a un lote y que a la vista del error se procedió a adjudicar por separado el Lote 1 a MESSER y el Lote 2 a NIPPON.

El órgano de contratación manifiesta que no se han incumplido ni los pliegos ni la LCSP porque lo que obvia la recurrente es que cada lote de un contrato es un contrato en sí mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99.7. de la LCSP.

A su juicio, la primera duda que hay que solventar es si el Acuerdo Marco 2/2019, que está dividido en tres lotes, es un único contrato con varios proveedores o si, por el contrario, cada lote del Acuerdo Marco es un contrato según lo establecido en el artículo 99.7 de la LCSP

El citado artículo señala textualmente que:

“En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un

contrato”.

En definitiva, concluye que si la regla general (salvo que se prevea expresamente en los pliegos por el órgano de contratación) es que cada lote constituye un contrato, las cuestiones relativas a la adjudicación de los contratos basados, sus efectos y cumplimiento deben resolverse teniendo en cuenta esta característica, es decir, resolverse teniendo en cuenta que cada lote es un contrato independiente.

Así considera que *“Por ello, en el caso que nos ocupa, la adjudicación del contrato, debe hacerse por lotes, pues en el PCA no se estableció ninguna excepción a la regla general de que cada lote es un contrato, más bien al contrario, se desprende, de todo el clausulado que viene recogido en el PCA del Acuerdo Marco 2/2019, que:*

-Cada lote es un contrato diferente

-Que permite que se licite a uno, a varios o a todos los lotes, sin establecer la obligatoriedad de hacerlo a los tres lotes a la vez.

-Que no recoge expresamente en ninguna de sus cláusulas que los tres lotes formen un solo contrato.

-Y que incluso cuando se establecen las normas relativas a la solvencia económica dependerán en función de cada lote, estableciéndose así, en el apartado 5 de la cláusula 1ª que en el caso de concurrir a varios lotes, el presente criterio se aplicará en relación con cada uno de los lotes”.

A mayor abundamiento, poner de manifiesto que la recurrente, avala nuestra interpretación de que cada lote es un contrato independiente, pues solo ha impugnado en su recurso la adjudicación del lote 1, y no la del lote 2.

Aclarado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 99.7 de la LCSP, cada lote tiene la consideración de un contrato independiente, se vislumbra más fácilmente que el error del órgano tramitador del expediente de licitación del contrato basado ahora recurrido, fue adjudicar el contrato globalmente y no lote por lote, cuando en el documento de licitación no se incluía ninguna excepción a la regla general de

considerar cada lote como un contrato, ni se indicaba que hubiera de presentarse oferta para todos los lotes.

Aunque como bien señala el recurrente, existe la obligación de todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco y que hubieran recibido la invitación, de presentar oferta, esta obligación de presentar oferta, es un asunto completamente diferente que conllevaría en su caso, las acciones o penalidades que estimara conveniente el órgano de contratación, pero en todo caso, ha de evaluarse y valorarse de forma independiente en cada lote, pues cada lote es un contrato en sí mismo.

Y esa falta de previsión en el documento de licitación de obligatoriedad de presentar oferta a todos los lotes del contrato, es la que provoca que, la propuesta de adjudicación inicial de fecha 27 de abril de 2021, sea errónea, no se ajuste a los pliegos, al excluir a la empresa MESSER IBÉRICA DE GASES S.A.U. de ambos lotes o contratos, siendo completamente válida la oferta que dicha empresa presentó en el Lote 1.

Lo que se subsana, no es, por tanto, como dice la recurrente, la falta de presentación de oferta de la empresa MESSER IBÉRICA DE GASES S.A. UNIPERSONAL, sino una interpretación errónea que se realiza en el Informe de fecha 27 de abril de 2021, interpretación errónea del Pliego de Cláusulas Administrativas del Acuerdo Marco, al entender que los dos lotes formaban un único contrato, y no dos contratos.

El informe de subsanación de fecha 5 de mayo de 2021, subsana este aspecto y realiza la propuesta de adjudicación de conformidad con el PCA del Acuerdo Marco y el artículo 99.7 de la LCSP, y que, por tanto, al tratarse de dos contratos diferenciados, la adjudicación ha de realizarse de forma independiente en cada lote.

Por su parte el adjudicatario alega que no hay obligación de licitar a todos los lotes puesto que en el documento de licitación no se estipuló la obligación de licitar a todos los lotes y respalda la interpretación de la Fundación y cita varias cláusulas de los pliegos en defensa de sus pretensiones.

En relación con las cláusulas citadas por el adjudicatario es preciso indicar que las mismas se refieren a los requisitos para licitar al Acuerdo Marco, pero aquí nos encontramos en un momento posterior que es la celebración de contratos basados en el Acuerdo Marco.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar los documentos de solicitud de oferta a los licitadores:

1. Consta un correo electrónico de 16 de abril solicitando a las empresas que presente su oferta con el siguiente tenor literal:

“Como adjudicatario del Acuerdo Marco 2/2019 para los centros de la Universidad Complutense de Madrid y la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid, se le solicita oferta de suministro de los productos que se relacionan en el Documento de Licitación adjunto. Las fechas de presentación, condiciones y requerimiento, se especifican, asimismo en este Documento”.

2.- Anexo I DOCUMENTO DE LICITACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS BASADOS EN EL ACUERDO MARCO 2/2019 DE SUMINISTRO DE GASES PUROS, INDUSTRIALES, MEZCLA DE GASES A PRESIÓN Y LÍQUIDOS CRIOGÉNICOS PARA LOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID Y LA FUNDACIÓN GENERAL DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

En el apartado 3 de este documento denominado bienes objeto de licitación consta:

- Lote 1 Gases puros e industriales, se realiza una descripción de los bienes, las unidades estimadas, presupuesto unitario IVA excluido y presupuesto total IVA excluido.
- Lote 2 Mezcla de gases, se realiza una descripción de los bienes, las unidades

estimadas, presupuesto unitario IVA excluido y presupuesto total IVA excluido.

En el apartado 5 denominado presupuesto máximo de licitación del contrato basado se establece el importe total estimado del presupuesto base de licitación, incluyendo el de ambos lotes.

De la lectura de ambos documentos se constata que la oferta se solicita para ambos lotes pues en el correo electrónico dice *“se le solicita oferta de suministro de los productos que se relacionan en el Documento de Licitación adjunto”* y los productos que se relacionan tal y como se ha detallado anteriormente corresponden a los 2 Lotes.

Este Tribunal no puede acoger las pretensiones del órgano de contratación, ni del adjudicatario, al decir que no se establecía la obligatoriedad de licitar a los dos Lotes pues de la lectura de ambos documentos se desprende lo contrario y por ello los licitadores debían presentar oferta a ambos lotes de conformidad con lo estipulado en la Cláusula 36 del Acuerdo Marco y el artículo 221 de la LCSP.

Si bien es cierto que cada Lote es un contrato, como manifiesta el órgano de contratación, el hecho de que la solicitud de oferta no se haya realizado de una forma muy ortodoxa, nada impide que en un mismo documento se solicite oferta para varios lotes y que cada lote se pueda adjudicar de forma independiente a cada uno de los licitadores que presenten la mejor oferta como así se ha hecho en la nueva propuesta de adjudicación de fecha 5 de mayo.

El órgano de contratación considera que la muestra de que son contratos distintos es que el recurrente solo ha impugnado el lote 1 pero esta afirmación no tiene ningún sentido pues lógicamente NIPPON no va a impugnar su propia adjudicación.

En definitiva, lo relevante es que el órgano de contratación solicitó oferta a los adjudicatarios del Acuerdo Marco 2/2019 para ambos lotes, pues así se desprende de la lectura de los documentos, no indicando que sólo se pudiera licitar a uno de ellos.

En consecuencia, los licitadores debían presentar oferta a ambos lotes por estar así establecido en la cláusula 36 del Acuerdo Marco *“Las empresas parte del acuerdo marco invitadas a la licitación de conformidad con lo dispuesto en la letra a) anterior, estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación del contrato basado”*.

MESSER presentó oferta únicamente a uno de los lotes por lo que procede su exclusión del procedimiento, tal y como hizo el órgano de contratación inicialmente, no siendo posible la subsanación de esta omisión pues implicaría una modificación de su oferta.

Por ello, se estima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Nippon Gases España, S.L.U. contra la resolución de 5 de mayo en lo relativo a la adjudicación del Lote 1 (gases puros e industriales), expediente 28 CB GASES 2021, contrato basado en el “Acuerdo Marco 2/2019 de Suministro de gases puros, industriales, mezcla de gases a presión y líquidos criogénicos para los centros de la Universidad Complutense de Madrid y la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid” que en consecuencia se anula.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación, para el Lote 1, acordada por este Tribunal el 10 de junio de 2021.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.