



Recurso nº 1024/2024

Resolución nº 1327/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de octubre de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.P.E., en representación de BLACK BULL LOGISTICS, S.L., contra los pliegos de la licitación convocada por la Jefatura de asuntos económicos del Mando de apoyo logístico del Ministerio de Defensa para establecer el *“Acuerdo marco de servicios de restauración, cantina y tienda en Operaciones y Misiones en el exterior”* expediente 2024/ETSAE0906/00000379E este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 11 de julio de 2024 se insertó anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público de los pliegos del *“Acuerdo marco de servicios de restauración, cantina y tienda en Operaciones y Misiones en el exterior”* convocado por la Jefatura de asuntos económicos del Mando de apoyo logístico del Ministerio de Defensa el en el expediente 2024/ETSAE0906/00000379E este con un valor estimado de 57.600.000,00 euros, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Segundo. Del certificado de licitadores obrante en el expediente resulta que han presentado proposición en la licitación los licitadores ECOLOG SPAIN, L.S.U., UTE BLACKBULL – ESKO y UTE TECNOVE UCALSA ALMIDA.

Tercero. El día 25 de julio de 2024 tiene entrada en el Registro Electrónico General de la AGE dirigido a este Tribunal recuso especial en materia de contratación contra los pliegos de la citada licitación.



La entidad recurrente desarrolla la siguiente impugnación de los pliegos:

- Que las fórmulas establecidas en los criterios relacionados con el Precio (P), PS1 *“Precio de la Plaza”* y PS2 *“Precio del transporte de las raciones desde la base en la que está ubicada la cocina hasta una posición o destacamento separado”* de la cláusula 8 del PCAP, son contrarias a Derecho por incluir umbrales de saciedad encubiertos, que dan pie a que los licitadores planteen sus ofertas en fraude de ley a fin de obtener la puntuación máxima ofertando alguno o varios tramos a pérdidas. Igualmente expone que la indeterminación de la fórmula en el cálculo del valor *“Omax”* que induce a error y crea confusión a los licitadores a la hora de plantear su oferta;
- Que la cláusula 36 del PCAP respecto a la revisión de precios no contempla la posibilidad de revisión de precios de los contratos de servicios y suministros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la LCSP, lo que contraviene el principio de concurrencia;
- Que los criterios automáticos de valoración señalados en la cláusula 8.2 del PCAP como *“CS1 - Almacenamiento en seco en territorio nacional”*, *“CS2 - Almacenamiento refrigerado/ congelado en territorio nacional”*, *“CS6 - Espacio de almacenamiento neto utilizable en Zona de Operaciones para almacenamiento en seco”*, *“CS7 - Espacio de almacenamiento neto utilizable en Zona de Operaciones para almacenamiento refrigerado”* y *“CS8 - Espacio de almacenamiento neto utilizable en Zona de Operaciones para almacenamiento congelado”*, son completamente desproporcionados atendiendo a la realidad del contrato y, por tanto, manifiestamente arbitrarios, limitando en extremo la concurrencia misma a la licitación y decantándola de manera decisiva;
- Que puesto que los contratos basados en el Acuerdo Marco que se licita afectarán indefectiblemente a la participación de unidades y observadores militares españoles en operaciones de mantenimiento de la paz en el marco de la ONU, la OTAN y la UE, la omisión en pliegos del requisito de solvencia técnica relativo a la experiencia previa en operaciones realizadas en entorno similar al del objeto de la licitación en un entorno de guerra, conflicto, estado frágil o en un entorno de ejercicios militares, impediría la ejecución contractual del futuro adjudicatario si éste no reúne tal

experiencia previa, al incumplir al menos en el caso de las operaciones sujetas al entorno NSPA (OTAN) los protocolos establecidos a tales efectos;

- Vulneración de los principios de contratación pública relativos al principio de igualdad de trato y no discriminación, proporcionalidad y el derecho al acceso a la información, publicidad y transparencia establecidos en la LCSP que causa indefensión al haber concedido tan solo 2,5 días hábiles a los licitadores para plantear preguntas y solicitar información adicional sobre el contenido de los pliegos tras su publicación de en la Plataforma de Contratación del Sector Público.
- Vulneración del artículo 63 de la LCSP por la falta de publicación de la memoria justificativa del contrato con carácter previo a la fecha de presentación de oferta que deriva en falta de información e indefensión para los licitadores

El recurso concluye solicitando que se proceda a:

“i) Declarar la disconformidad a Derecho de dichos ANUNCIO DE LICITACIÓN y PLIEGOS (PCAP y PPT), INCLUIDOS SUS ANEXOS, anulándolos y dejándolos sin efecto con el alcance y en los términos invocados en este Recurso Especial.

ii) Ordenar la retroacción de las actuaciones en el procedimiento de licitación del Acuerdo Marco, a fin de que el órgano de contratación rectifique en lo menester los términos de dichos ANUNCIO DE LICITACIÓN y PLIEGOS (PCAP y PPT), INCLUIDOS SUS ANEXOS, los publique y otorgue un nuevo plazo íntegro de solicitud de aclaraciones y presentación de ofertas en condiciones de igualdad entre los licitadores.”

Igualmente solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento de contratación.

Cuarto. El Órgano de Contratación ha remitido el expediente de contratación y ha emitido informe solicitando la desestimación del recurso, al considerar que las previsiones de los pliegos resultan conforme a derecho

Quinto. A fecha de 7 de agosto de 2024 se ha dado traslado del recurso a los interesados con el fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran



por convenientes, habiendo cumplimentado el trámite EFS EBREX SARL y ESKO CONGO SARL solicitando la adhesión al recurso interpuesto, que ratifican en su integridad.

Sexto. Con fecha 8 de agosto de 2024 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Séptimo. En la tramitación de este recurso se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de los recursos en materia contractual corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con el artículo 45 LCSP.

Segundo. El acto recurrido son los pliegos de un acuerdo marco de servicios por valor superior a 100.000 euros celebrado por un poder adjudicador, por lo que el recurso se dirige contra un acto que susceptible de recurso especial en aplicación de los artículos 44.1 a) LCSP y 44.2 a) LCSP.

Tercero. Los pliegos impugnados fueron publicados el 11 de julio de 2024 –momento que determina el término inicial para su impugnación conforme al artículo 50.1.b) LCSP–, por lo que el recurso presentado el 25 de julio de 2024 se ha interpuesto en tiempo y forma.



Cuarto. Antes de entrar en el fondo del asunto, y como cuestión de orden público, ha de sopesarse la legitimación de la recurrente para impugnar los pliegos.

En concreto el artículo 48 LCSP atribuye legitimación a:

“(...) 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. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

A este respecto ha de destacarse que la entidad recurrente es una empresa que ha presentado oferta dentro del plazo establecido en el anuncio de licitación, de modo que la recurrente ostenta legitimación con base en el artículo 48 LCSP para recurrir el contenido de los pliegos, cuyo cumplimiento le resulta exigible.

Quinto. Sentado lo anterior, el recurso impugna varias cláusulas de los pliegos.

Nuestro análisis comenzará por la cláusula 8 del Pliego, en lo concerniente a los subcriterios de valoración económicos, en concreto: el subcriterio “*precio plaza*” o PS1, valorable con hasta 57 puntos y el subcriterio “*transporte*” o PS2 valorable con hasta 4 puntos.

Esta cláusula resulta impugnada por varios motivos. En primer lugar, recurso sostiene que las fórmulas del pliego:

“están configuradas de tal manera que no se premia a la oferta que presente una mayor baja, sino que el tope de puntuación se asigna a la oferta que presente una configuración de precios que dé como resultado que el valor de OEmp sea igual al



Valor de Referencia (VR). A partir de dicho importe, no se consigue mayor puntuación por ofertar precios menores.”

Igualmente desarrolla que, tanto el Tribunal de Cuentas como diversos tribunales de recursos contractuales, no admiten umbrales de saciedad en el precio y que este tribunal admite:

“(…) la legalidad de la aplicación de los umbrales de saciedad siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos entre los que se encuentra, por ejemplo, que la elección de las fórmulas conste justificada muy concretamente en el expediente de forma intrínseca al contrato en cuestión y a sus características”. La recurrente expone igualmente que el caso que nos ocupa se caracteriza por la “ausencia de dicha justificación en el expediente, exigida inexcusablemente por la doctrina y la jurisprudencia, se constata que las fórmulas establecidas para valorar el criterio precio son contrarias a Derecho por ser manifiestamente arbitrarias y vulnerar los principios de economía, igualdad y no discriminación y libre competencia”.

En relación con esta cuestión el órgano de contratación desarrolla, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Que dispone de discrecionalidad técnica en la determinación de los criterios de adjudicación, respetando los requisitos legales del artículo 145 LCSP, que no ha sido vulnerado;
- Que el Tribunal Supremo ha declarado que el establecimiento de umbrales de saciedad no vulnera la LCSP;
- Que los umbrales de saciedad no se encuentran encubiertos;
- Que el empleo de las fórmulas de desempate en caso de ofertas iguales no va a ser siempre necesario, con motivo de la existencia de 11 subcriterios de adjudicación distintos.

Sexto. Centrados los términos de la cuestión controvertida, corresponde el examen de la conformidad o disconformidad a Derecho de la estipulación prevista en la Cláusula 8 del PCAP relativa a los criterios de valoración de carácter económico.



Resulta pacífico que la fórmula cuestionada contiene un umbral de saciedad, en el sentido de criterio de valoración que establece límites a partir de los cuales un precio inferior (o superior, según los casos) no redunda en una mayor puntuación para los licitadores.

En lo concerniente a esta cuestión este Tribunal tiene doctrina consolidada en la materia, de la que es fiel exponente nuestra Resolución nº1058/2022 de 15 de septiembre en la que afirmamos:

“Expuestas las posturas de las partes conviene recordar que la fijación de criterios de adjudicación es una facultad discrecional del órgano de contratación dentro de los parámetros reglados establecidos por los artículos 145 y 146 de la LCSP, pues al órgano de contratación a quien le corresponde fijar las necesidades a satisfacer, y atendiendo a aquellas los elementos determinantes de la adjudicación para obtener una oferta que, por reunir una mejor relación calidad-precio, sea la más adecuada para una buena ejecución del contrato. No son pues los intereses particulares de los licitadores los que deben determinar la fijación de las reglas del procedimiento de adjudicación y del contrato reflejadas en los pliegos, sino, antes bien, los intereses generales a los que las Administraciones y demás entidades del sector público sirven por imperativo constitucional.

Respecto del denominado índice o umbral de saciedad, que limita el tope de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en el PCAP, a raíz de la entrada en vigor de la nueva LCSP rectificamos nuestra doctrina anterior, señalando en la Resolución nº 484/2019, de 9 de mayo, lo siguiente:

“En efecto, como señala la recurrente, este Tribunal se ha mostrado contrario, en determinadas circunstancias, a aplicar estos umbrales en tanto que actúan de manera contraria a la competencia y al beneficio de la entidad pública contratante de obtener, mediante el concurso de distintos licitadores, la mejor oferta, al mejor precio. Sin embargo, este Tribunal tiene que puntualizar que esto es así, siempre que el único criterio a valorar en la oferta sea, precisamente, el precio. De otra manera, es decir, cuando se valoran elementos o parámetros distintos del precio, no necesariamente la oferta, con el precio más bajo, es la mejor. En efecto, el

criterio de “precio” en modo alguno equivale siempre y en todo caso a “precio más bajo”. Tal determinación se contenía en la Directiva 2014/18/UE y en el TRLCSP solo para el caso de empleo de un único criterio de valoración de las ofertas, que había de ser el precio, y que equivalía a “precio más bajo” para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Por el contrario, en el caso de que se empleara más de un criterio de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, el criterio “precio” no equivale necesariamente a “precio más bajo”. Es por ello, que no compartimos las consideraciones planteadas por la recurrente en atención a los siguientes argumentos. En primer lugar, la Directiva antes citada, la 2014/18/UE, no establecía esa determinación, es decir, no extendía dicha equivalencia prevista para las licitaciones con un solo criterio de valoración a las licitaciones con más de un criterio, en las que se previese también el criterio “precio”.

En segundo lugar, porque en el caso de empleo de más de un criterio de valoración corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican. En tercer lugar, diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o el presupuesto riguroso de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada, o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos. La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas. En cuarto lugar, el TJUE ha declarado que las Directivas comunitarias se oponen al hecho de considerar, automáticamente, que la mejor oferta, en lo referente al precio, sea la oferta de precio medio de todas las



ofertas, es decir, la mayor puntuación no se puede atribuir a la oferta más próxima a la media de los precios ofertados, ya que son mejores las que ofertan un precio menor al precio medio; pero ello no implica que se prohíba el establecimiento de índices de saciedad, porque con ellos la oferta con el precio menor a las otras no obtiene menos puntos que éstas. En este sentido, la Comisión Europea publicó un documento denominado “Guía práctica para contratación pública para profesionales” en el describe algunos ejemplos de malas prácticas o errores en la definición de los criterios de adjudicación que dieron lugar a sanciones económicas por no cumplir con las normas sobre contratación pública y haber obligado a los operadores económicos a desistir de participar en la licitación y entre ellos, el siguiente: “6.El uso de precios medios, en caso de que las ofertas más próximas a la media de todas las ofertas reciban más puntos que aquellas que están más lejos de la media. A pesar de que el precio de la oferta es un criterio objetivo para usarlo en la fase de adjudicación, el uso de esta metodología genera una desigualdad de trato de los licitadores, en particular de aquellos con ofertas bajas válidas”. Ejemplo en el que, como puede apreciarse, no cita para nada como metodología incorrecta el establecimiento de índices de saciedad para el limitar el número máximo de puntos a obtener en la valoración por reducción de precios ofertados sobre el precio máximo. En quinto lugar, en modo alguno puede afirmarse que solo cabe combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria, y no mediante la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad), pues si se puede lo más, se puede lo menos, que es, frente a la exclusión de la oferta anormal, la no asignación de más puntos a las ofertas de precio inferior al umbral establecido. Y en sexto lugar, no existe por las razones indicadas, lesión alguna de principios como los de control de gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público

mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto. Así, si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio respecto de los demás criterios objetivo y subjetivos, con mayor razón puede aumentar la ponderación de aquél y fijar un límite máximo de la reducción de precio que los licitadores pueden ofertar a partir del cual no obtengan puntos adicionales, con lo que se cumple el criterio del TJUE de que una oferta más cara obtenga más puntos que otra de precio inferior a aquélla [...] En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”. Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite.”

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 1786/2024 de 5 de marzo de 2024, ha ratificado nuestra doctrina, señalando que:



“No existe en la regulación de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público impedimento a la fijación en los pliegos de índices o umbrales de saciedad que limiten la valoración de las ofertas económicas, siempre que estén justificados en el expediente en relación con las prestaciones que constituyan el objeto del contrato y respeten las disposiciones legales sobre criterios de adjudicación y los principios en materia de contratación pública”,

En el presente caso, el precio no es el único criterio de adjudicación y la configuración del umbral de saciedad en el criterio de valoración del precio PS 1 y PS2 se ajusta a derecho.

Aunque el órgano de contratación no motiva el empleo de umbrales de saciedad en el expediente de contratación, conforme a lo exigido por los artículos 116.4 y 146.2 de la LCSP, más allá de la remisión en su informe al recurso a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para el establecimiento de los criterios de adjudicación y la cita de las resoluciones de este Tribunal y jurisprudencia al respecto, sin embargo, como se ha expuesto en diferentes resoluciones, como la Resolución nº 1038/2023, de 3 de agosto, la falta de motivación determina la anulación del acto cuando causa indefensión a su destinatario, al que no permite accionar fundadamente contra el mismo. Tal indefensión no se aprecia en el recurso planteado, pues a partir de las observaciones del recurrente ha podido combatir adecuadamente su establecimiento, pues se evidencia que conoce el funcionamiento de las fórmulas y los efectos que conllevan en orden a la valoración de las ofertas, mostrándose discrepante con la elección por el órgano del establecimiento de umbrales de saciedad, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Séptimo. Con carácter subsidiario el recurso desarrolla que la redacción de la cláusula 8 del PCAP, en el ámbito de los subcriterios analizados, permite que las ofertas se presenten en fraude de ley dado que, en esencia, facultan:

“que una empresa pueda ofertar todos los tramos con el precio máximo salvo el tramo menos probable a su entender en el que oferte un precio irrisorio, cercano a cero, o incluso cero, quedando claramente en pérdidas su oferta en caso de que las circunstancias externas lleven a la empresa a facturar atendiendo a ese tramo que, en principio, estimaba remoto. Esta maniobra es perfectamente posible atendiendo

a la fórmula planteada en el Pliego lo que no puede reputarse conforme con la racionalidad económica, dado que permite a los licitadores plantear sus ofertas con intención de falsear la competencia y de forma que los criterios de valoración pierdan su finalidad esencial”.

A juicio de la recurrente este riesgo no se ve protegido por la regulación de las ofertas anormalmente bajas dado que:

“(…) determinar que una oferta es anormalmente baja no se tiene en cuenta el precio ofertado para el criterio Precio (PS1 y PS2) si no que se calcula la situación de anormalidad atendiendo a todos los criterios automáticos de valoración incluidos los criterios de ejecución.”

En relación con este particular, el órgano de contratación viene a manifestar que la impugnación se fundamenta en una situación hipotética que habrá de ser atendida cuando se produzca, en el momento de valoración de las ofertas.

Así las cosas, este Tribunal coincide con la valoración del órgano de contratación, considerando que el desarrollo de este motivo de impugnación resulta del todo hipotético, en la medida en que el recurso parte de la base del eventual empleo de los criterios de valoración previstos en el PCAP en fraude de ley, lo cual es una cuestión, que en su caso afectará a un momento ulterior del procedimiento, la valoración de las ofertas, pero que no evidencia que los pliegos adolezcan en este punto de defecto legal alguno.

Octavo. Finalmente, como conclusión a la impugnación de la cláusula 8 sobre los criterios de valoración relativos al precio, el recurso plantea que:

“La indeterminación de la fórmula en el cálculo del valor “Omax” que induce a error y crea confusión a los licitadores a la hora de plantear su oferta”, confusión que no ha podido ser esclarecida en el trámite de aclaraciones y preguntas dado que éstas no han sido respondidas.



El órgano de contratación deniega que la cláusula sea oscura o que induzca a error y considera que el propio recurso evidencia tal hecho al interpretar correctamente la fórmula al desarrollar los anteriores motivos de impugnación de la cláusula 8 del PCAP.

Así las cosas, este Tribunal considera que decae la impugnación de la cláusula 8 por razón de su pretendida impugnación en cuanto que la misma fórmula cuya falta de claridad se denuncia, y correctamente interpretada, sirve de fundamento a la recurrente para el desarrollo de dos motivos adicionales de impugnación.

Noveno. Seguidamente la recurrente cuestiona que el pliego no contemple una cláusula de revisión de precios, con fundamento en el artículo 103 LCSP.

En relación con este particular el órgano de contratación recuerda que:

“Según establece el artículo 103 de la LCSP, la regla general en la contratación pública es la inalterabilidad del precio pactado entre el órgano de contratación y el contratista; siendo la revisión de precios en los expedientes de contratación la excepción a la regla, y como tal excepción está sujeta a los requisitos establecidos en el citado artículo 103 de la LCSP.”

Y seguidamente expone que:

“La mercantil recurrente no ha efectuado argumentación alguna respecto a las cuestiones que recoge el artículo 103 de la LCSP y que en su caso podrían haber motivado la revisión de precios, limitándose a vagas referencias respecto de la “realidad contractual del servicio” (guerra de Ucrania, pandemia del Covid-19, subida generalizada de precios, equilibrio económico del contrato,...). Es cierto que evidentemente, como señala la empresa recurrente; en el desarrollo de la prestación va a necesitar materias primas, bienes intermedios y energía; pero la mercantil demandante no acredita que el coste de dichos productos sea superior al 20 % del presupuesto base de licitación del contrato.

A la vista de la regulación que realiza el artículo 103 de la LCSP de la revisión de precios, cabe destacar que la competencia para establecer si el expediente tiene o

no revisión de precios es exclusivamente del órgano de contratación, debiendo en caso afirmativo motivar la misma. Es por ello que la carencia del establecimiento de revisión de precios en el expediente en ningún caso puede ser concebida como un motivo de invalidez del PCAP”

A la vista de los argumentos de las partes, este Tribunal considera que asiste la razón al órgano de contratación cuando expone que el establecimiento de una cláusula de revisión de precios es facultad del órgano de contratación que solo puede emplearse cuando se den las circunstancias del artículo 103 LCSP

En este sentido el artículo 103.3 de la LCSP es claro al determinar que:

“En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.”

Siendo una facultad del órgano de contratación, y no una obligación, establecer el derecho a la revisión periódica y predeterminada de precios, no es posible anular el PCAP por no haber previsto una fórmula de revisión de precios.

En definitiva, la omisión de una cláusula de revisión de precios no resulta disconforme a derecho.

Décimo. El recurso impugna seguidamente el pliego de prescripciones técnicas, en concreto la cláusula 2.3.5 según la cual:

“En el caso de que el contingente reciba de la organización internacional en la que se encuadre productos alimentarios, el adjudicatario estará obligado a la adquisición de los mismos, pasando éstos a su inventario. El precio de dichos productos será fijado por CALOG-OP y se descontará mensualmente de la factura que emita el adjudicatario por la prestación del servicio de restauración. Las gestiones relativas a estos suministros de organizaciones internacionales se llevarán a cabo a través del contingente terrestre”.

En relación con este criterio en respuesta a preguntas el órgano de contratación aclara que:

“Actualmente esta disposición sólo es de aplicación en la Misión de Naciones Unidas en el Líbano (UNIFIL). Los precios de los víveres los fija UNIFIL y su cuantía no forma parte del expediente. Si forma parte del expediente un procedimiento para que el contingente ponga a disposición del contratista la parte que estime conveniente de esos víveres de UNIFIL, siendo su aceptación obligada por parte del contratista, pero no la cantidad concreta, que se fija coordinadamente en fase de ejecución.”

El fundamento de la impugnación es que:

“La obligatoriedad de adquirir productos alimentarios a precios y por cantidades fijados unilateralmente por CALOG-OP en el caso de que el contingente reciba los mismos de la organización internacional en la que se encuadre, tal y como se contempla en la cláusula 2.3.5 del PPT, deja al arbitrio del órgano de contratación la fijación de costes operacionales adecuados a la prestación del servicio condicionando el equilibrio prestacional del contrato, por no permitir a los licitadores realizar una estimativa propia de costes en la confección de su oferta.”

En defensa de la prescripción impugnada, el órgano de contratación expone que:

“La prescripción cuestionada por la mercantil recurrente no deja de ser una imposición lógica del funcionamiento de las operaciones en el exterior para el supuesto de que el contingente reciba de la organización internacional en la que se encuadre productos alimentarios. En este caso, el adjudicatario estará obligado a la adquisición de los mismos, pasando éstos a su inventario; a lo que hay que añadir, que todos aquellos productos que adquiera de CALOG OP, no va a tener que adquirirlos a través de proveedores externos. Evidentemente, dicha adquisición por la empresa contratista debe ser a título oneroso, ya que si no se produciría un supuesto de enriquecimiento injusto por parte de éste; y de conformidad con precios de mercado para no incurrir la Administración en un supuesto de arbitrariedad

(confrontar con los artículos 9.3 y 38 de la Constitución) que derivaría asimismo en un enriquecimiento injusto a su favor.”

En relación con esta cuestión, se considera que la cláusula mencionada no resulta abusiva en la medida en que afecta a una sola misión, que el precio del producto es fijado en última instancia por un tercero, la Misión de Naciones Unidas, siendo repercutido por el órgano de contratación y que el número de unidades del producto a adquirir no se fija unilateralmente sino coordinadamente.

Adicionalmente, en nada justifica el recurso es esta forma de provisión de alimentos resulte más onerosa que acudir al mercado en el contexto en el que han de procurarse los alimentos, las misiones en el exterior.

Undécimo. Pasando al análisis de la impugnación de los criterios de valoración señalados en la cláusula 8.2 del PCAP como:

“CS1 - Almacenamiento en seco en territorio nacional”, “CS2 - Almacenamiento refrigerado/ congelado en territorio nacional”, “CS6 - Espacio de almacenamiento neto utilizable en Zona de Operaciones para almacenamiento en seco”, “CS7 - Espacio de almacenamiento neto utilizable en Zona de Operaciones para almacenamiento refrigerado” y “CS8 - Espacio de almacenamiento neto utilizable en Zona de Operaciones para almacenamiento congelado”

Estima el recurso que éstos son completamente desproporcionados y arbitrarios al establecer un volumen mínimo como causa de exclusión.

Y ello porque:

“La fijación de estos mínimos, de los anteriores máximos, y en consecuencia de todos los tramos intermedios de las escalas que sirven de base a los cinco criterios (CS1, CS2, CS6, CS7 y CS8) no se justifica técnicamente en ningún momento y carece por tanto de la motivación necesaria exigible en pliegos para cumplimiento de los principios de transparencia, concurrencia e igualdad entre licitadores, habida

cuenta de su falta de proporcionalidad respecto del objeto del contrato, como pasamos a acreditar a continuación.”

La modificación de los criterios de valoración de una licitación a otra análoga pero posterior en el tiempo es una facultad discrecional del órgano de contratación. Sentado lo anterior, este Tribunal considera que, partiendo de la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación y de la motivación en su informe del empleo de los criterios de valoración ahora cuestionados, se desprende que los mismos sí resultan desproporcionados. Ciertamente los pliegos fijan una serie de criterios de valoración que a su vez funcionan como criterios de corte, pues el licitador que no supere el mínimo establecido de capacidad de almacenamiento será excluido de la licitación y quien los iguale no obtendrá puntuación, sino a partir de ofertar en el tramo siguiente la capacidad de almacenamiento fijada, hasta un máximo, que puede ser superado y que da lugar a la máxima puntuación, 5 puntos.

El recurrente, adjudicataria de contratos basados del AM en vigor con similar objeto muestra una comparativa de las magnitudes de almacenamiento en 2023 a efectos de evidenciar la desproporción en la que incurre el pliego. Frente a ello el órgano de contratación señala en su informe que:

“Es cierto que puede observarse que los metros cúbicos servidos en cada una de los criterios es muy inferior al mínimo exigido por el PCAP; no obstante, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que el espacio de almacenamiento está destinado principalmente al almacenamiento propiamente dicho, no es menos cierto que es preciso dejar abierta la posibilidad operativa de introducir en los almacenes vehículos de transporte de alimentos que necesitan espacio para maniobrar, o que los vehículos deban quedar allí resguardados por motivos de seguridad, o que se tenga que prestar apoyo a otros contingentes de otras naciones o multinacionales, o que es posible que durante la vigencia del acuerdo marco se abran nuevas operaciones de mantenimiento de la paz en el exterior o se amplíen las actualmente existentes, por lo que en definitiva, se trata de acreditar una capacidad logística real ante eventuales situaciones marcadas por la incertidumbre.

De esta manera, hay que dar respuesta al despliegue potencial en el exterior del Ejército de Tierra; y esa es la causa la que motiva la configuración de los criterios de adjudicación CS1, CS2, CS6, CS7 y CS8 analizados.”.

Seguidamente se remite al informe de la Sección Técnica promotora del expediente:

“Los datos aportados por la recurrente se refieren a metros cúbicos servidos, y los criterios de ejecución valorables según el PCAP incluyen el espacio de almacenamiento que la Administración considera que necesita. Dichos conceptos no son homologables, por lo que no procede su comparación... la definición de capacidades se ha realizado siguiendo los criterios dichos anteriormente, y es la capacidad que se considera necesaria para poder ejecutar el citado contrato durante los cuatro años de duración de este, teniendo en cuenta las incertidumbres asociadas a la naturaleza del mismo y contingencias. Finalmente, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que el espacio de almacenamiento está destinado principalmente al almacenamiento propiamente dicho, no es menos cierto que para cumplir dicha función de manera eficaz y eficiente, es preciso introducir en los almacenes vehículos de transporte de alimentos que necesitan espacio para maniobrar, o que se necesita espacio libre de consumibles almacenados para poder acceder a los mismos con el objeto de realizar su almacenamiento, retirada y distribución, sin descartar situaciones de emergencia o crisis que pudieran eventualmente requerir el almacenamiento de los vehículos de transporte en los espacios de almacenamiento durante la larga vigencia del contrato...”.

La motivación ofrecida, que a mayores no consta en el expediente, no es suficiente a efectos de justificar la configuración del criterio. El órgano de contratación goza de discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación atendida siempre la finalidad del contrato, con el fin de obtener servicios de mejor relación calidad precio, que deben además guardar relación con el objeto del contrato, no limitar la concurrencia y respetar los principios de igualdad y proporcionalidad. Límites y principios acogidos en el artículo 145 de la LCSP.

El objeto del contrato consiste según se detalla en el PPT, en un servicio de restauración colectiva, que consiste fundamentalmente en el suministro de bebidas y comidas preparadas en régimen de autoservicio, al personal destacado en las diversas operaciones y misiones en el exterior, mediante el pago a la empresa de restauración de un precio por la prestación. El almacenamiento forma parte de la correcta gestión y conservación del aprovisionamiento, apartado 2.9 del PPT, obligando al adjudicatario, cuando las circunstancias así lo aconsejen a disponer de una reserva equivalente a 30 días de abastecimiento. De la justificación ofrecida por el órgano de contratación en su informe al recurso las necesidades a las que atienden los criterios de valoración CS1, CS2, CS6, CS7 y CS8 exceden del ámbito propio del servicio contratado, pues se justifican en futuribles o contingencias que pudieran impactar en este (*situaciones como la pandemia COVID-19 y limitaciones de movimiento en las rutas mundiales de transporte... o que se tenga que prestar apoyo a contingentes de otras naciones o multinacionales*) más que en necesidades reales y acreditadas vinculadas con el servicio a prestar. Ni siquiera el hecho de que coyunturalmente hubieran de albergarse por motivos de seguridad los vehículos de transporte de alimentos es justificación suficiente para establecer unos volúmenes de capacidad mínimos y máximo tan superiores.

Por las razones expuestas, considera el Tribunal, visto el expediente y la justificación ofrecida en el informe del órgano de contratación, que los criterios de valoración automáticos CS1, CS2, CS6, CS7 y CS8 y que operan como criterio de corte, son desproporcionados y pueden afectar al principio de concurrencia en la licitación, por lo que procede la estimación del motivo, declarando la nulidad de los mismos.

Duodécimo. El recurso impugna a continuación la configuración de los requisitos de solvencia, por no proveer como requisito:

“la experiencia previa en operaciones realizadas en entorno similar al del objeto de la licitación en un entorno de guerra, conflicto, estado frágil o en un entorno de ejercicios militares”.

En este sentido desarrolla que:



“Los contratos basados en el Acuerdo Marco que se licita afectarán indefectiblemente a la participación de unidades y observadores militares españoles en operaciones de mantenimiento de la paz en el marco de la ONU, la OTAN y la UE, la omisión en pliegos del requisito de solvencia técnica relativo a la experiencia previa en operaciones realizadas en entorno similar al del objeto de la licitación en un entorno de guerra, conflicto, estado frágil o en un entorno de ejercicios militares, impediría la ejecución contractual del futuro adjudicatario si éste no reúne tal experiencia previa, al incumplir al menos en el caso de las operaciones sujetas al entorno NSPA (OTAN) los protocolos establecidos a tales efectos”.

El órgano de contratación defiende la redacción de los pliegos alegando que los protocolos establecidos para las operaciones sujetas al entorno NSPA no resultan de aplicación en la presente licitación.

En relación con este particular, y partiendo sobre la base de la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación en la determinación de los requisitos de solvencia, este Tribunal considera que este motivo de impugnación no afecta a la validez de los pliegos sino a un momento posterior, la ejecución del contrato, lo que determina igualmente la desestimación de este motivo de recurso.

Decimotercero. También cuestiona el recurrente que el órgano de contratación concediera solo 2,5 días hábiles a los licitadores para plantear preguntas y solicitar información adicional sobre el contenido de los pliegos tras su publicación de en la Plataforma de Contratación del Sector Público, reputando que ello resulta contrario a los principios de contratación pública relativos al principio de igualdad de trato y no discriminación, proporcionalidad y el derecho al acceso a la información, publicidad y transparencia.

El cómputo de días que efectúa el recurso parece resultar del plazo de 15 días hábiles de presentación de proposiciones restándole los 12 días previstos en el artículo 138.3 LCSP:

“3. Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la



hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido”.

En relación con este motivo de recurso el recurrente reconoce que los pliegos no establecían un plazo máximo para plantear preguntas, por lo que la cuestión invocada ha de ser desestimada, por ajustarse a lo dispuesto en la LCSP.

Decimocuarto. El último motivo de recurso que plantea el recurrente es la falta de publicidad de la memoria justificativa del contrato, alegando vulneración de lo dispuesto en el artículo 63.3 en relación con el artículo 116 de la LCSP. Se comprueba que efectivamente no se ha publicado la memoria justificativa del contrato, que sí existe en el expediente. Al igual que lo expresado en el Fundamento de Derecho Sexto, discrepa el Tribunal de que tal vicio de forma le haya causado indefensión al recurrente, quien ha planteado fundadamente recurso contra distintas cláusulas de los pliegos, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, procede desestimar el motivo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.M.P.E., en representación de BLACK BULL LOGISTICS, S.L., contra los pliegos del “Acuerdo marco de servicios de restauración, cantina y tienda en Operaciones y Misiones en el exterior” convocado por la Jefatura de asuntos económicos del Mando de apoyo logístico del Ministerio de Defensa el en el expediente 2024/ETSAE0906/00000379E en el sentido de desarrollado en el



Fundamento de Derecho Undécimo, declarando la nulidad de la cláusula 8.2 del PCAP en relación con los criterios CS1, CS2, CS6, CS7 y CS8, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES