

Recurso 56/2019**Resolución 196/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 19 de junio de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA. S.L.U.** contra el anuncio de licitación y el pliego de de cláusulas administrativas particulares que han de regir la adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad del contrato denominado “*Servicio de mantenimiento integral y actualización continua de protocolos clínicos y software del equipamiento de tomografía axial computerizada (Tac), del Hospital de Alta Resolución de Écija (lote 1) y Lebrija (lote 2)*” (expediente 2018/PNSP-71-25) convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir, adscrita a la Consejería de Salud (actual Consejería de Salud y Familias), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 4 de febrero de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 430.933,34 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 22 de febrero de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA. S.L.U. contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Por la Secretaría de este Órgano, el 18 de febrero de 2019, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicitó que remitiera el informe al mismo, el expediente de contratación, y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el 21 de febrero de 2019.

QUINTO. Por Resolución de 27 de febrero de 2019, este Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento de licitación en el presente recurso.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 26 de febrero de 2019, se dio traslado del recurso a la entidad GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U., única licitadora, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran



oportunas, habiéndolas presentado.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general todos 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 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante 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.

SEGUNDO. Procede examinar ahora si la entidad ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA. S.L.U. (en adelante ALTHEA) ostenta legitimación para la interposición del recurso especial objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta que la citada empresa no ha participado en la licitación.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final cuarta de la LCSP, dispone que:



“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir de entidades no licitadoras, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo, 104/2018, de 20 de abril y 26/2019, de 5 de febrero, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente relativos a la improcedencia de emplear el procedimiento negociado sin publicidad ponen de manifiesto que los pliegos impugnados le impiden acceder a la licitación.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 44.2 de la LCSP.



El recurso especial se ha interpuesto contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que se trata de un acto susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo. En este sentido, los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP disponen que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

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, el anuncio de licitación se publicó el 4 de febrero de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Contando el plazo desde el día siguiente a dicha publicación, y aunque no se hubiera indicado la forma en que los interesados podían acceder a los pliegos, el recurso presentado el 22 de febrero de 2019, en el Registro de este Tribunal, se habría interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.



QUINTO. La entidad recurrente dirige su recurso contra el anuncio y el pliego formulando tres motivos de impugnación. El primer motivo se refiere a la improcedente utilización del procedimiento negociado sin publicidad; el segundo, a la arbitrariedad en los criterios de adjudicación y de la tramitación procedimental; y el tercero, a la inexistencia de una condición especial de ejecución.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo por los motivos que constan en el expediente y que serán expuestos en los siguientes fundamentos de derecho.

GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante GENERAL ELECTRIC) se opone igualmente al recurso y formula alegaciones sobre los dos primeros motivos del recurso, por los argumentos que constan en el expediente.

SEXTO. El primer motivo el recurso se centra en que no se da ninguno de los supuestos en los que el artículo 168 de la LCSP permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad. La memoria justificativa y el pliego de cláusulas administrativas particulares citan como supuesto habilitante el artículo 168, apartado 2º, párrafo primero. Pone igualmente de manifiesto el error de la memoria cuando, tras señalar que concurre el supuesto antes citado para la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad, añade que con este procedimiento cualquier empresario que cumpla los requisitos establecidos podrá presentar oferta.

Alega el carácter excepcional de este procedimiento, con cita de la Resolución 104/2018 de este Tribunal, y concluye solicitando la nulidad del procedimiento elegido.

El órgano de contratación en su informe alega que se ha comprobado que en la actualidad los servicios que demanda sólo pueden ser realizados por una



empresa, justificación que se refuerza con los certificados emitidos por la empresa GENERAL ELECTRIC. Tras la cita de varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, finaliza afirmando que no se produce vulneración de la libre competencia, sino que de admitirse los razonamientos del recurso, se estaría privando al órgano de contratación de la facultad de libre elección del procedimiento de adjudicación debidamente justificado.

Por su parte, GENERAL ELECTRIC defiende la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, afirmando ser la titular de la propiedad intelectual del software del equipamiento objeto del expediente, añadiendo ser el único proveedor de determinadas prestaciones.

En relación con el empleo del procedimiento negociado sin publicidad hemos establecido en nuestra Resolución 104/2018, de 20 de abril:

“La adjudicación de los contratos debe realizarse de forma ordinaria utilizando el procedimiento abierto o restringido, por lo que el empleo del procedimiento negociado sin publicidad por concurrir el supuesto del artículo 170 d) del TRLCSP reviste un carácter excepcional, procediendo cuando es imposible promover la competencia porque existen razones técnicas, artísticas o de protección de derechos de exclusiva que comportan que solo una única empresa pueda ejecutar el contrato.

En consecuencia dicho procedimiento debe ser objeto de una interpretación restrictiva y, en todo caso su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que esas razones hagan “absolutamente necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

Lo anterior se desprende del artículo 170 d) del TRLCSP, siendo aún más restrictiva la dicción literal del artículo 168 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que solo autoriza la utilización del



procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad técnica “cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

El artículo 168 a) 2º de la LCSP establece:

“Artículo 168. Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.

Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

(...)

2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.”



Este precepto es el resultado de la transposición del artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24/UE. De acuerdo con su considerando 50:

“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. (...)

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse”.



Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha analizado esta cuestión en varias Resoluciones. Entre otras, extractamos los siguientes apartados de su Resolución 574/2018, de 12 de junio, con cita de resoluciones anteriores, así como de informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (actual Junta Consultiva de Contratación Pública),

«La Resolución nº 151/2016, 19 de febrero, recoge dos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado relevante acerca de la concurrencia de razones técnica que justifican la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad; así: *“En relación a la aplicación de este procedimiento se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en el informe 11/2004, de 7 de junio, referido a la `Aplicación del procedimiento negociado del artículo 210, letra b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de un arquitecto por considerar razones artísticas´, establece como doctrina que La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse 'debidamente' en el expediente´. La causa justificadora del procedimiento negociado del artículo 210 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es que, solamente, exista un único empresario o profesional al que pueda encargarse el objeto del contrato y que ello sea debido a causas técnicas, artísticas y de protección de derechos exclusivos. Resulta evidente, por tanto, que esta causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargársele el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos”*».

Posteriormente, la citada Resolución dice:

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 35/2015, de 13 de julio de 2017, estudia la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas, artísticas o para la protección



de derechos exclusivos en los contratos sujetos al TRLCSP y que resultan trasladables a la LCSP, así:

“3. La resolución de la consulta planteada nos exige partir de la interpretación que a este recurso del procedimiento negociado se ha dado en el ámbito del derecho comunitario, de capital influencia, como es conocido, en la contratación pública interna. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, en el asunto Comisión/Italia, C- 385/02 nos dice lo siguiente: “el artículo 7, apartado 3, letra b), de la Directiva autoriza el recurso al procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para las obras cuya ejecución, por razones técnicas, sólo puede encomendarse a un empresario determinado. Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, de la Directiva que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). De ello se desprende que las autoridades italianas deben probar que existían razones técnicas que hacían necesaria la adjudicación de los contratos públicos controvertidos al empresario encargado del contrato inicial”. Se hace menester en estos casos recordar que la utilización del procedimiento negociado por razones técnicas se configura como una excepción a la regla general de concurrencia y que su aplicación, precisamente por ello, está condicionada a la presencia de una serie de condiciones previamente definidas por el legislador. Restringe también este instrumento la aplicación de la regla establecida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público relativa a la necesidad de solicitar, al menos, tres ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que eso sea posible. E incluso, cuando se acude al procedimiento negociado sin publicidad, puede afectar también a este principio de publicidad. Por eso, como señala la sentencia transcrita, la interpretación de estos supuestos



debe ser estricta, con el fin de atenuar los efectos desfavorables para la concurrencia y, por otro lado, debe ser objeto de la pertinente prueba por parte del órgano de contratación. Así lo manifiesta, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2016, en la que se alude a la idea del carácter excepcional y tasado del procedimiento negociado sin publicidad, lo que exige que su utilización se funde en la concurrencia y acreditación clara e irrefutable de que acontece algún supuesto de hecho de exclusividad o de razones impeditivas de la concurrencia que lleven a aplicar la excepción de licitación abierta o restringida.”

(...)

“5. En la medida en que la concurrencia es uno de los principios esenciales de la contratación pública, el órgano de contratación asumirá la carga de probar que procede la aplicación de este supuesto. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Cuentas en su informe 1066, de 20 de diciembre de 2014. La doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la existencia de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa, sino que es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite la exclusividad por razones técnicas. Tal acreditación puede realizarse mediante un informe técnico en el que se ofrezcan argumentos suficientes como para considerar motivada la concurrencia de una sola empresa (vid. Nuestro informe nº 23/10, de 24 de noviembre de 2010 y los informes de 30 de marzo y 7 de junio de 2004 y de 30 de octubre de 2006, emitidos en los expedientes 57/03, 11/04 y 35/06). El propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 504/2014 va más lejos aún y señala que “La posibilidad de emplear el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnica, en los supuesto de mantenimiento de bienes de alta especialización adjudicados a las entidades fabricantes, conlleva la necesidad de incorporar un certificado, emitido por un técnico independiente, por el que se acredite que es la única entidad que puede realizar el objeto del contrato.”

En el expediente remitido por el órgano de contratación consta la memoria justificativa de la necesidad de la contratación. De acuerdo con su segunda conclusión:



“SEGUNDA: Procedimiento de licitación será negociado sin publicidad, según artículo 168.a.2º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, porque los servicios contemplados en este expediente de contratación pueden ser prestados por distintos operadores y proveedores del mercado. Así, todo empresario que cumpla los requisitos establecidos podrá presentar oferta, lo que a su vez favorecerá la consecución de una mejor relación calidad/precio obtenida como consecuencia de la concurrencia y libre competencia de distintos proveedores”.

Es evidente que existe una contradicción en la propia conclusión al invocar el artículo 168. a) 2º de la LCSP y afirmar que los servicios pueden ser prestados por distintos operadores y proveedores del mercado. No obstante, del resto de la documentación del expediente (la propuesta de inicio del expediente, los escritos aportados por la empresa GENERAL ELECTRIC y el PCAP) se desprende de forma indubitada que el procedimiento elegido es el negociado sin publicidad previsto en el artículo 168. a) 2º.

Constan igualmente en el expediente sendos escritos de GENERAL ELECTRIC en los que, a solicitud del órgano de contratación (solicitud que no figura en el expediente), manifiesta que sólo esa empresa, como único representante oficial de GE HEALTHCARE EUROPE en España puede ofrecer un completo servicio post-venta con criterios de calidad de acuerdo con las normas y estándares aplicables. A continuación los escritos indican que GE HEALTHCARE ofrece, como fabricante y prestador de servicios de mantenimiento del equipo original, una serie de prestaciones.

Este Tribunal considera que la citada documentación no cumple las exigencias expuestas anteriormente para justificar y acreditar la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad.

En primer lugar, no se especifica en cuales de los tres supuestos que contempla el apartado 2º de la letra a) del artículo 168 de la LCSP nos



encontramos. Es fácil descartar el primero de ellos (creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única); pero los otros dos supuestos, que no exista competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos podrían a priori darse, ante la falta de concreción en la justificación del procedimiento de licitación elegido.

En segundo lugar, no consta ninguna otra justificación en el expediente, más allá de los dos escritos de GENERAL ELECTRIC, en los que, por otro lado, se afirma que sólo esa empresa puede ofrecer un completo servicio post-venta con criterios de calidad, lo que no implica que otras empresas no puedan ofrecerlo.

Y en tercer lugar, porque, como hemos señalado, la utilización de este procedimiento es excepcional, de forma que las causas que lo legitiman son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente, de manera que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. Por otro lado, como se ha señalado, la doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la existencia de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa, sino que es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite la exclusividad por razones técnicas o que un órgano externo declare lo certifique tal circunstancia, lo cual no consta que se haya hecho en el presente caso.

En consecuencia, procede estimar el recurso por este motivo, anulando el pliego por no resultar acreditado que concurre la causa alegada para tramitar la licitación mediante un procedimiento negociado sin publicidad.

SÉPTIMO. El segundo motivo del recurso se refiere a la arbitrariedad de los criterios de adjudicación y de la tramitación procedimental. En particular se centra en que el Anexo XII del PACP concede de forma arbitraria 40 puntos, ya que establece qué documentos deben presentarse pero no cómo



se van a valorar, lo que confiere una amplia libertad de decisión. Todo ello es contrario al principio de transparencia y al artículo 145.5 de la LCSP. A estos efectos, cita las Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis; así como la Sentencia de 29 de abril de 2004 Succhi di Fruta Spa.

El órgano de contratación sostiene que los criterios de adjudicación cumplen con lo establecido en el artículo 145.5 LCSP, al estar vinculados con el objeto del contrato y ser precisos, formulados de manera objetiva, con pleno respecto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano una libertad de decisión ilimitada. Añade que los criterios están tasados, baremados y puntuados, y entiende que lo que debe contener el PCAP en los procedimientos negociados sin publicidad del artículo 168. a). 2º es una descripción de los aspectos económicos y/o técnicos sobre los que ha de versar la negociación para seleccionar al adjudicatario.

GENERAL ELECTRIC alega que en el pliego de prescripciones técnicas se define el alcance de cada uno de los criterios de adjudicación, de forma que los licitadores pueden tener conocimiento de cómo serán valorados en función de si cumplen o no con el citado PPT.

Asiste la razón a la recurrente cuando señala que en el Anexo XII del PCAP no se establece cómo ha de valorarse la documentación a presentar. En efecto, en el citado Anexo XII se determina la documentación que ha de conformar la propuesta técnica, asignando una serie de puntos en función del tipo de documento, pero sin establecer cuales son los criterios de valoración que han de servir para valorar la proposición técnica.

Sobre la cuestión planteada por la recurrente ya se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones. Así en nuestra Resolución 157/2018, de 1 de junio, dijimos:



«Al respecto, hemos venido sosteniendo que “(...) la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores que consagra el artículo 1 del TRLCSP exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación.

(...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas”. (Resolución 137/2017, de 30 de junio).

También hemos indicado que “(...) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración” (Resolución 48/2016, de 25 de febrero).



En el supuesto analizado, no puede aceptarse que los criterios sujetos a juicio de valor denominados “Plan de mantenimiento”, “Garantía del suministro” y “Dotación de equipamiento” cumplan con los requisitos expuestos en las resoluciones citadas para garantizar los principios de transparencia e igualdad de trato tanto a la hora de elaborar las ofertas como en el momento de valorarlas.

Si observamos el contenido de la cláusula 6.4.2.1 del PCAP denominada “Documentación Técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática – (Sobre número 2)”, se comprueba que, como afirma la recurrente, los aspectos a tomar en consideración para la valoración de cada uno de aquellos criterios coinciden en su redacción con la información que debe incorporar la oferta técnica de cada licitador para poder ser valorada. Quiere ello decir que los criterios en su redacción no añaden nada nuevo respecto a lo que el PCAP exige como documentación integrante de la oferta técnica. Por tanto, los licitadores no pueden conocer qué aspectos de esa documentación y/o información a incluir en el sobre 2 serán valorados, ni qué reglas o pautas de ponderación regirán para ese cometido.

Cabe concluir, pues, que la redacción de esos tres criterios es genérica e imprecisa y no permite garantizar los principios de transparencia e igualdad, otorgando excesiva discrecionalidad al órgano técnico evaluador a la hora de valorar las proposiciones, por lo que procede su anulación.».

Por otro lado, no puede estimarse la alegación del órgano de contratación, ya que el artículo 166.2 de la LCSP dispone que en el PCAP se determinarán, entre otros extremos, de un lado los aspectos técnicos y económicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas y, de otro, los criterios de adjudicación. Tampoco pueden estimarse la alegaciones de GENERAL ELECTRIC, ya que los criterios de valoración han de figurar en el PCAP (artículo 122.2 con carácter general; artículo 166.2 para los procedimientos negociados) y los PPT deben contener las prescripciones técnicas que hayan de regir la realización de la



prestación (artículo 124 LCSP), no los criterios para la adjudicación del contrato.

En consecuencia, procede estimar el recurso por este motivo.

OCTAVO: Como tercer motivo del recurso, la recurrente alega la inexistencia de una condición especial de ejecución de las previstas en el artículo 202.1 LCSP, que exige la inclusión de una condición especial de ejecución en materia de innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. En este sentido, pone de manifiesto que la entidad contratante no ha completado ninguna de estas condiciones en el apartado 12 del Anexo I del PCAP, lo que determina la nulidad de la licitación, como ha puesto de manifiesto el Acuerdo 67/2018, de 26 de julio, del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El órgano de contratación alega que se ha establecido en el Anexo I del PCAP como un requisito en la fase de admisión de las empresas licitadoras que dispongan de un sistema de gestión ambiental según la norma ISO 14001 u otra norma o reglamento de reconocido prestigio.

El artículo 202.1 de la LCSP dispone:

“Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.



En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.”

Por su parte, el Anexo I.12 del PCAP establece:

“12.CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden: (Especificar al menos una, de conformidad con con el artículo 202 de la LCSP)”

No se ha especificado en el PCAP, como denuncia la recurrente, ninguna condición especial de ejecución, por lo que procede estimar este motivo del recurso, sin que quepa admitir el alegato del órgano de contratación, ya que la exigencia del sistema de gestión ambiental opera en la fase de solvencia (artículo 94 de la LCSP; apartado 7 del Anexo I del PCAP), no en la de ejecución del contrato.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares en cuanto a la no justificación de la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad, y las cláusulas impugnadas de dicho pliego, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 LCSP, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso interpuesto por la entidad ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA. S.L.U. contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir la adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad del contrato denominado “*Servicio de mantenimiento integral y actualización continua de protocolos clínicos y software del equipamiento de tomografía axial computerizada (Tac), del Hospital de Alta Resolución de Écija (lote 1) y Lebrija (lote 2)*” (expediente 2018/PNSP-71-25) convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir, adscrita a la Consejería de Salud (actual Consejería de Salud y Familias), y en consecuencia, anular los mismos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal en Resolución de 27 de febrero de 2019.

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.

