

Recurso 294/2015**Resolución 48/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN)** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis y el arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, con destino a los centros hospitalarios pertenecientes a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 00007/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 7 de diciembre de 2015, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado



(BOE núm. 292) y el 30 de noviembre de 2015, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía

El valor estimado del contrato asciende a 6.686.380,80 euros, y según el listado de la oficina de registro del Hospital Universitario Puerta del Mar solo ha presentado proposición una empresa, BAXTER, S.L.

SEGUNDO. El 18 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el Registro de la Consejería de la Presidencia y Administración Local recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENIN contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado. El mismo día 18 de diciembre, una copia del recurso con el sello del citado registro fue remitida y recibida en este Tribunal indicándose en el texto del correo electrónico que *“Con el fin de dar cumplimiento al reciente Real Decreto 814/2015, que persigue fomentar el uso de medios telemáticos y por si pudiera ser de ayuda o suponer una mayor comodidad para ese Tribunal, les remitimos copia digitalizada del recurso presentado en el día de hoy por registro de entrada.”*

El escrito original de recurso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 29 de diciembre de 2015.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 30 de diciembre de 2015, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida al órgano de contratación tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 12 de enero de 2016.

CUARTO. El 19 de enero de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del



escrito de recurso al único interesado en el procedimiento, la entidad BAXTER, S.L., concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndolas efectuado en el plazo concedido.

QUINTO. El 20 de enero de 2016, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la Federación recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Federación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra los pliegos que rigen la licitación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:



- (...)
- (...)
- *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.*

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”

Sobre la legitimación activa de las Asociaciones o Federaciones de empresas existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 7 de los Estatutos de FENIN establece *“Es finalidad de la Federación la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular: 1. Representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros.”* Asimismo, el artículo 8 apartado 7 de los Estatutos prevé que, en orden a la consecución de los fines propuestos, corresponde a la Federación: *“7. Ejercitar ante los poderes públicos*



las acciones que correspondan en defensa del empresariado y de sus intereses.”

En este sentido, FENIN impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Federación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Por lo demás, este es el criterio que viene sosteniendo este Tribunal. Cabe citar, entre otras muchas, sus Resoluciones 114/2014, de 8 de mayo y 254/2015, de 15 de julio.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

En el recurso interpuesto se impugnan los pliegos que rigen la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los



licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 7 de diciembre de 2014, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el BOE, habiéndolo sido antes en el DOUE y en el perfil de contratante. En consecuencia, ha de considerarse <<dies a quo>> en el cómputo del plazo de interposición del recurso el día 9, pues el 8 de diciembre fue día festivo nacional, finalizando el mismo el 26 de diciembre.

Al respecto, se observa que el recurso tiene entrada en el Registro del Tribunal el 29 de diciembre de 2015, una vez finalizado el plazo de interposición. No obstante, tal y como hemos indicado en los antecedentes de esta resolución, el 18 de diciembre de 2015 el recurso fue presentado en el Registro de la Consejería de la Presidencia y Administración Local y en ese mismo día, se remitió por correo electrónico a este Tribunal una copia sellada del escrito de recurso presentado en el Registro de la Consejería de la Presidencia.

El artículo 18 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual dispone que *“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos (...)*

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.



No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación, en su caso, copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia.”

En el supuesto examinado, aún cuando el escrito original del recurso se presentó en el Registro del Tribunal el 29 de diciembre de 2015, el 18 de diciembre se recibió en este Tribunal copia de dicho escrito mediante correo electrónico, debiendo estarse a esta última fecha para determinar si el recurso se ha presentado en plazo, tal y como prevé el precepto reglamentario. En consecuencia, al finalizar el plazo de interposición el 26 de diciembre, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. En primer lugar, la recurrente alega infracción del artículo 77.3 del TRLCSP toda vez que el anuncio de licitación no indica los requisitos mínimos de solvencia técnica y documentación requerida para su acreditación.

La recurrente alega que el anuncio de licitación no menciona los requisitos de solvencia técnica que se van a exigir a los licitadores, limitándose a hacer referencia al artículo 77.1 a) del TRLCSP y a la propia documentación del expediente. A su juicio, ello supone una infracción legal del artículo 77.3 del TRLCSP y de los artículos correspondientes de las Directivas 2004/18/CE y 2014/24/UE que determina la invalidez de la convocatoria y de los pliegos, así como de sucesivas actuaciones del procedimiento de adjudicación.

Por su parte, en el informe sobre el recurso del órgano de contratación se señala que la publicación de la licitación se ha realizado correctamente pues, como señala el artículo 62.2 del TRLCSP, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación acreditativa de los mismos se *indicarán* en el anuncio y se *especificarán* en el pliego. Alega que ello es así dada la naturaleza puramente



instrumental del anuncio como medio de conocimiento de la existencia de las licitaciones.

Para resolver la cuestión suscitada, hemos de partir de la regulación al respecto contenida en el TRLCSP. El artículo 62.2 del TRLCSP establece que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculado a su objeto y ser proporcionales al mismo.”* Asimismo, el artículo 79 bis del TRLCSP, introducido por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de Impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, que es de aplicación a la licitación que examinamos, dispone en su párrafo primero que *“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos (...)”*

Finalmente, dado que la recurrente centra este motivo en que el anuncio de licitación no menciona los requisitos de solvencia técnica y teniendo en cuenta que el contrato licitado es de suministro, el artículo 77.3 del TRLCSP, en su redacción dada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, señala que *“En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos (...)”*

De la regulación legal expuesta se deduce, respecto a la solvencia en general, que los pliegos deben detallar los requisitos mínimos de solvencia exigibles en la



licitación y los medios admitidos para su acreditación, mientras que el anuncio de licitación solo deberá contener una indicación de dichos requisitos y medios. La finalidad perseguida con esta indicación contenida en el anuncio es que los licitadores dispongan de una información general y básica sobre aquellos aspectos que la ley ha considerado básicos en una licitación de modo que, sin necesidad de acudir a otras fuentes de información, aquellos puedan tener elementos de juicios suficientes para considerar su grado de interés en la licitación.

Ciertamente, el TRLCSP ha querido distinguir entre la obligación de información que ha de suministrar el anuncio y la que debe facilitar el pliego, pues no tiene el mismo significado el vocablo <<indicar>> referido al anuncio de licitación que los vocablos <<detallar>> y <<especificar>> que se emplean para los pliegos. El primero supone una referencia más elemental o somera a una determinada información que los segundos. Ahora bien, el carácter somero o general de la información que muestra el término <<indicar>> nunca puede satisfacerse con una remisión genérica a la ley o a los pliegos.

Este criterio es también el que sostiene la Resolución 44/2014, de 7 de mayo de 2014, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, al afirmar que *“Del contenido de los anuncios, especialmente del contenido del anuncio en el DOUE, se deduce que no se ha cumplido el deber establecido por el artículo 62.2 TRLCSP, pues en ningún caso consta la más mínima indicación ni de los requisitos de solvencia ni de la forma de acreditarlos. Esta indicación no puede ser sustituida por una mera remisión a los Pliegos, ya que este proceder no aporta ninguna información adicional a las empresas potencialmente interesadas; el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información.”*



En el supuesto analizado en la presente resolución, el anuncio publicado en el DOUE señala lo siguiente: *“Capacidad técnica: Información y trámites necesarios para evaluar si se cumplen los requisitos: según el artículo 77.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Nivel o niveles mínimos que pueden exigirse. Véase la documentación del expediente.”*

Asimismo, el apartado 7 del anuncio del BOE, bajo la denominación <<Requisitos específicos del contratista>>, señala: *“Solvencia económica y financiera y solvencia técnica y profesional: se aportará la documentación indicada en los artículos 75.1 c) y 77.1 a) del TRLCSP, de 14 de noviembre de 2011, en los términos previstos en el PCAP”* y por último el perfil de contratante, bajo los epígrafes <<Requisitos específicos del contratista>> y <<Criterios objetivos para la selección de candidatos en el procedimiento>> dispone en ambos casos: *“Los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”*

A la vista del contenido expuesto de los anuncios, resulta claro que los mismos efectúan una mera remisión a los pliegos respecto a los requisitos mínimos de solvencia exigida en la licitación, en particular, respecto a los criterios de solvencia técnica que es a la que se refiere la recurrente. Solo el anuncio del DOUE resulta algo más ilustrativo al apuntar que el medio de acreditación de la solvencia técnica es el previsto en el artículo 77.1 a) del TRLCSP, pero sin indicar someramente cuál sea el valor o requisito mínimo de solvencia técnica exigido, por lo que no puede estimarse que el contenido de los anuncios examinados cumpla la finalidad pretendida por los preceptos legales transcritos. En tal sentido, la remisión genérica al pliego vacía de contenido el propio anuncio en los epígrafes analizados, pues dicha remisión no aporta nada nuevo y obliga, en todo caso, a acudir al pliego para poder obtener la información adecuada sobre los requisitos mínimos de solvencia establecidos en la licitación.

Llegados a este punto, ha de señalarse que FENIN centra su impugnación en la omisión en el anuncio de los requisitos mínimos de solvencia técnica, aún



cuando tal omisión también se aprecia respecto de la solvencia económica. En cualquier caso, como quiera que la estimación del motivo conlleva la anulación de la convocatoria de la licitación publicada en el DOUE, BOE y perfil en lo relativo a la indicación de los medios y requisitos mínimos de solvencia técnica, deberá tenerse en cuenta por el órgano de contratación en los nuevos anuncios que en los que ahora se anulan tampoco se indican aquellos medios y niveles mínimos respecto a la solvencia económica y financiera.

SEXTO. En segundo lugar, FENIN alega infracción de los artículos 62 y 77 del TRLCSP, al haberse fijado en el PCAP criterios de solvencia que no se corresponden con los previstos en la ley, lo cual supone, a su juicio, una limitación de la concurrencia.

Al respecto señala que la entrada en vigor, el pasado 5 de noviembre de 2015, del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, ha supuesto asimismo la entrada en vigor de la redacción dada a los artículos 65.1, 75, 76, 77, 78 y 79 bis del TRLCSP por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

Asimismo, manifiesta que, por aplicación de la Disposición Transitoria primera del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación se hubiese publicado con posterioridad al 5 de noviembre de 2015, se rigen ya por el citado Real Decreto y en consecuencia, les resulta de aplicación la nueva redacción de los artículos 75 a 78 del TRLCSP dada por la mencionada Ley 25/2013.

Pues bien, la recurrente centra su impugnación en el apartado 18.1 2 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que recoge los requisitos mínimos de solvencia técnica exigidos en la licitación. En tal



sentido, alega que en aquel apartado se alude a una relación de los principales suministros análogos al objeto del contrato realizados durante los tres últimos años, mientras que la nueva redacción del artículo 77.1 a) del TRLCSP -de aplicación a esta licitación- dispone que tal acreditación se efectuará mediante una relación de los principales suministros efectuados durante los últimos cinco años. Por tanto, sostiene FENIN que el apartado 18.1.2 del cuadro resumen no solo conculca el artículo 77.1 a) del TRLCSP en su nueva redacción, sino que también cercena ilegalmente la posibilidad de que los licitadores invoquen suministros que hayan realizado en el cuarto y quinto año, lo que limita la concurrencia pues reduce el periodo habilitado para acreditar la solvencia.

Frente a este alegato, el órgano de contratación sostiene que la referencia del apartado 18.1 2 al carácter análogo del suministro no desvirtúa la naturaleza del medio elegido por cuanto, se indique o no, debe existir correspondencia entre los suministros acreditados y los que constituyen el objeto del contrato. Asimismo, respecto al plazo para tomar en consideración los suministros efectuados, manifiesta que no es contrario a la regulación recogida en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, la cual hace referencia a la relación de principales suministros o servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, aunque permite ampliar ese periodo cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia. Además, esgrime que la reducción a tres años del periodo de acreditación de los suministros no limita la concurrencia porque la demanda de estos suministros no se ve afectada por circunstancias de la actividad económica general.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar la cuestión suscitada. En primer lugar, debemos indicar que la recurrente no cuestiona en su escrito de impugnación el carácter análogo al objeto del contrato que deben revestir lo suministros acreditados por los licitadores para demostrar su solvencia. Por tal razón, aunque el informe sobre el recurso justifica tal aspecto, no vamos a detenernos en el análisis de esta cuestión en la medida que no es objeto de controversia.



La recurrente centra su impugnación en el plazo al que se refiere la acreditación de los suministros efectuados que según el PCAP es de tres años, mientras que el TRLCSP señala 5 años. Al respecto, debemos tener en cuenta que la publicidad obligatoria de esta convocatoria quedó completada el 7 de diciembre de 2015, una vez que había entrado en vigor el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, el cual es de plena aplicación en este procedimiento.

El citado Real Decreto determinó la entrada en vigor de la nueva redacción dada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, a los artículos 65.1 y 75 a 78 del TRLCSP, toda vez que la disposición transitoria cuarta del TRLCSP -también modificada por la citada Ley 25/2013- condicionaba la entrada en vigor de aquella nueva redacción de los preceptos citados a lo que se estableciera en las normas reglamentarias de desarrollo del mencionado texto refundido, desarrollo reglamentario que se ha producido con el Real Decreto 773/2015.

Por tanto, son de aplicación a esta licitación los artículos 75 a 78 del TRLCSP en la redacción dada por la ley 25/2013, de 27 de diciembre. Consecuencia de lo expuesto es que el requisito mínimo de solvencia técnica establecido en el apartado 18.1.2 del cuadro resumen del PCAP -relación de los principales suministros análogos al objeto del contratos realizados durante los tres últimos años y acreditados mediante un mínimo de dos certificados- se basa en un medio de acreditación de la solvencia técnica previsto en la redacción anterior del artículo 77.1 a) del TRLCSP, pero no en la vigente que resulta de aplicación a esta licitación donde se alude a *“una relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años (...)”*

Por tanto, el requisito mínimo de solvencia técnica elegido por el órgano de contratación en el apartado 18.1.2 del cuadro resumen se basa en un medio que actualmente no está vigente, pues obviamente en la redacción actual se amplía al cuarto y quinto año la posibilidad de acreditar la experiencia en la ejecución



de suministros análogos. Así pues, el citado apartado infringe lo dispuesto en el vigente artículo 77.1 a) del TRLCSP.

El órgano de contratación argumenta que la redacción del criterio de solvencia técnica del PCAP no es contraria a la regulación recogida en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. Ahora bien, sin entrar en el fondo de la cuestión que plantea el órgano de contratación, hemos de indicar que el plazo de transposición de la norma comunitaria aún no ha finalizado.

Por las razones expuestas, procede estimar este alegato de la recurrente y anular el apartado 18.1.2 del cuadro resumen del PCAP.

SÉPTIMO. En el tercer motivo del recurso se alega vulneración del principio de transparencia, así como arbitrariedad en la fijación del criterio de adjudicación de evaluación no automática denominado <<valoración funcional>> ponderado con un máximo de 20 puntos. El citado criterio se subdivide en dos apartados: nivel de valoración funcional y mejoras. Respecto al primero, FENIN alega falta de transparencia y en cuanto al segundo, esgrime arbitrariedad en su configuración.

Comenzamos exponiendo la controversia suscitada respecto al primer apartado del criterio, cuya redacción en el PCAP es la siguiente:

“2.1 NIVEL DE VALORACIÓN FUNCIONAL.

Ponderación de 0 a 10 puntos.

En este criterio se valorarán los siguientes aspectos de las ofertas técnicas y con la ponderación que se indica:

2.1.1. La calidad de las características técnicas de los monitores. Ponderación de 0 a 5 puntos.

2.1.2. La calidad de las líneas arterio-venosas objeto del contrato, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objeto de contratación. Ponderación de 0 a 5 puntos.



UMBRAL MÍNIMO: 3 PUNTOS. Si la puntuación obtenida por una oferta en estos criterios descritos anteriormente es inferior al umbral mínimo, dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Si la oferta no es adecuada a las características técnicas recogidas en el cuadro resumen, el PCAP o el PPT, quedará excluida de la licitación.”

Alega la recurrente que, con la redacción expuesta, es imposible que los licitadores sepan qué elementos serán valorados y cómo lo serán, ni qué importancia tienen los distintos aspectos sujetos a evaluación. En definitiva, considera que el PCAP no establece reglas para la valoración de las múltiples calidades de las características técnicas que fija el PPT, ni definición de qué otros parámetros se van a considerar, relegando todos estos extremos al momento de valoración de las ofertas. Para apoyar este alegato, FENIN cita distintos informes, resoluciones de Tribunales de recursos contractuales y sentencias, solicitando que se declare la nulidad del criterio de adjudicación expuesto.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en el informe sobre el recurso que el criterio de adjudicación en su apartado 2.1 “NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL” se encuentra suficientemente desarrollado para delimitar el marco de valoración de las ofertas. Alega que la calidad es uno de los criterios de adjudicación relacionados en el artículo 150 del TRLCSP, especificando el pliego los aspectos de la oferta que serán valorados con arreglo a este criterio.

Pues bien, en el examen del presente motivo, hemos de partir de la doctrina ya asentada por este Tribunal y el resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales a propósito de la necesaria concreción en los pliegos de los criterios de adjudicación, y en particular de las mejoras, como garantía de transparencia, objetividad e imparcialidad en el posterior proceso de valoración de las ofertas.



Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la determinación exigible en los pliegos a los criterios de adjudicación, y, concretamente, sobre los requisitos que han de reunir las mejoras (v.g. Resoluciones 139/2014, de 23 de junio y 403/2015, de 25 de noviembre). De este modo, es doctrina consolidada por este Órgano 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.

Pues bien, expuesta esta doctrina, hemos de abordar ahora si la misma se cumple en la definición del criterio de adjudicación impugnado. Al respecto, se observa que el criterio <<nivel de valoración funcional>> ponderado con hasta 10 puntos, se divide en dos subcriterios valorados con un máximo de 5 puntos cada uno. El primero versa literalmente sobre “la calidad de las características técnicas de los monitores” y el segundo sobre “la calidad de las líneas arteriovenosas objeto del contrato, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objeto de contratación”.



Ciertamente y como afirma el órgano de contratación, la calidad es un criterio de adjudicación relacionado en el artículo 150.1 del TRLCSP, pero debemos examinar si, en el supuesto examinado, la definición de calidad que se efectúa en el pliego permite a los licitadores elaborar sus ofertas con conocimiento suficiente de aquellos aspectos de las mismas que van a ser valorados y si el órgano técnico evaluador dispone del marco regulador necesario para efectuar la valoración de las proposiciones sin superar los límites de su discrecionalidad.

El análisis del subcriterio <<calidad de las características técnicas de los monitores>> debe efectuarse acudiendo al apartado 1.3.2.1 del PPT denominado <<características técnicas de los monitores para hemodiálisis>> cuyo tenor es el siguiente: *“El 100% de los monitores de hemodiálisis ofertados contará con módulos de ultrafiltración volumétrica controlada y diálisis con bicarbonato, además de disponer de sistemas de autodesinfección tras cada sesión de hemodiálisis.*

El 10% de los monitores ofertados dispondrá de sistemas de unipunción además del habitual sistema de bi-punción.

El 100% de los monitores deberán disponer, al menos, de los siguientes sistemas de biosensor:

- 1. Medición on-line de dosis de diálisis mediante dialisancia iónica o similar debidamente acreditado en la literatura científica.*
- 2. Medición on-line de la variación de volumen plasmático mediante hemoglobimetría de absorción óptica o similar debidamente acreditado en la literatura científica.*

El 100% de los monitores dispondrán de conexión a Ethernet para transmisión de datos a la aplicación de historia clínica digital de hemodiálisis.

El 100% de los monitores dispondrán de la capacidad de realizar técnicas de hemodiafiltración on-line pre y postdilucional, como mínimo.”

El subcriterio analizado está dentro del criterio denominado “Nivel de valoración funcional” por lo que hemos de entender que lo que, literalmente, se



evalúa es la calidad funcional apreciada sobre las características técnicas de los monitores que se describen en el apartado 1.3.2.1 del PPT, es decir, el nivel de calidad en el funcionamiento de todos y cada uno de los módulos, sistemas y capacidades con que han de contar los monitores según el PPT.

Ello nos lleva a concluir que la definición del subcriterio es genérica y vaga pues no precisa si la posterior valoración habrá de recaer sobre todos los elementos y/o características técnicas de los monitores del PPT o solo sobre algunas, ni aclara cuáles serán los parámetros o niveles de calidad a considerar que permitan una comparación objetiva de las ofertas presentadas, todo lo cual redundaría en una falta de conocimiento suficiente por parte de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas sobre aquellos extremos concretos que serán valorados y otorga un excesivo margen de discrecionalidad al órgano evaluador que podrá centrar su valoración en aquellas características que considere más relevantes a la vista de las ofertas presentadas y utilizar para ello parámetros que no estaban definidos en el pliego.

Lo expuesto es, asimismo, predicable del subcriterio <<calidad de las líneas arterio-venosas objeto del contrato, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objeto de contratación>>, cuyo nivel de imprecisión se acentúa al dejar a la ulterior elección del órgano técnico evaluador la determinación de aquellos parámetros que tengan relación con el manejo de los productos.

Como señala la Resolución 12/2012, de 30 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, reproduciendo en este punto la argumentación realizada en la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, *“aunque sea posible establecer como criterio de adjudicación determinadas características atinentes a la calidad de la oferta, partiendo del cumplimiento mínimo de las prescripciones técnicas previstas en el PPT, es preciso que tales características se expongan en el PCAP y se*



atribuya a las mismas una puntuación baremada. Se observa que en este caso el PCAP, como decimos, se limita a atribuir una puntuación en función de la calidad media del producto, sin establecer de forma clara, ni las características del producto a tener en cuenta, ni qué debe considerarse calidad media del mismo, ni un baremo de puntuación desglosado para cada característica. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio”.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso y anular el apartado 2.1 “nivel de la valoración funcional” del criterio de adjudicación “valoración funcional”.

OCTAVO. En el siguiente motivo del recurso, FENIN alega arbitrariedad en la definición del apartado 2.2 <<Mejoras>> ubicado dentro del criterio dependiente de un juicio de valor <<valoración funcional>>.

El apartado tiene el siguiente tenor: “2.2 MEJORAS.- Ponderación de 0 a 10 puntos.

Los licitadores presentarán ofertas valoradas económicamente sobre diferente equipamiento que se detalla más abajo complementario con la actividad clínica a desarrollar con los productos comprendidos en el objeto del contrato, especificando el tipo de equipo ofertado, referencia, marca, modelo, identidad de fabricante, precio de venta sin IVA en el mercado a fecha de presentación de la oferta, siendo el plazo de cesión de dichos equipos no inferior a la duración del contrato.

Los equipamientos sobre los que se pondrán presentar ofertas son los siguientes: (...)

Se ponderará el valor económico de los equipos ofertados, con sus prestaciones técnicas, utilidad, funcionalidad y adecuación a la actividad clínica relacionada con los productos comprendidos en el objeto del contrato, entre unas ofertas y otras. El límite económico máximo de los productos ofertados para ser valorados es del 30% del presupuesto de licitación de la agrupación de lotes.”



La recurrente alega que el criterio de adjudicación es el importe económico de la mejora, lo que implica que ésta sea valorada por su coste o cuantía económica y no por su utilidad o prestaciones, lo que a su juicio es ilógico e irrazonable y redundante en arbitrariedad.

Asimismo, esgrime que el criterio es contrario a la esencia de toda licitación que persigue la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. De este modo, a juicio de la recurrente, se podría llegar al absurdo de que una oferta que globalmente fuese la más ventajosa económicamente no resultara adjudicataria porque otra, menos ventajosa, haya obtenido más puntos al haber ofertado mejoras más caras que ninguna utilidad añadida aportan. Además, el criterio no aclara cómo se va a hacer la ponderación lo que determina que los licitadores no sepan si la mejora obtendrá más puntos por el valor económico o por la utilidad de la misma.

Por todo ello, FENIN considera que el criterio expuesto debe anularse porque vulnera los principios de transparencia, control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación, consagrados en el artículo 1 del TRLCSP e implica arbitrariedad del órgano de contratación.

El informe sobre el recurso señala, respecto al criterio discutido, que para comparar ofertas distintas se utiliza el precio, pero ello es así tras verificar la adecuación de la mejora con el objeto del contrato atendiendo a sus prestaciones técnicas, utilidad y funcionalidad. Es decir, en primer lugar, el órgano evaluador examinará la adecuación técnica de la mejora y realizará la valoración de las que cumplan con aquellos requisitos atendiendo a su importe económico. A juicio del órgano de contratación, esta metodología garantiza la mayor objetividad en la valoración y permite a los licitadores realizar sus ofertas con cierto grado de certidumbre, al estar acotados los límites en cuanto al importe de las mejoras y sus características.



Pues bien, hemos de partir de la premisa de que este Tribunal debe circunscribir el examen que pueda realizar del criterio <<mejoras>> a los aspectos controvertidos del mismo que denuncia la recurrente, de modo que, sin entrar en otro tipo de consideraciones sobre la legalidad o validez del criterio, solo debe analizarse en esta sede si es correcta la ponderación de las mejoras atendiendo al valor económico de las mismas, cuestión esta que es la única combatida en el escrito de recurso.

Efectuada la anterior precisión, debe darse la razón a la recurrente y ello por dos razones:

1. En primer lugar, porque la propia redacción del criterio es confusa en cuanto a cómo se va a ponderar la mejora en sí. Para ello, baste señalar que la interpretación que efectúa la recurrente es diferente a la del órgano de contratación: según FENIN, el criterio no aclara cómo va a efectuarse la ponderación de modo que los licitadores no saben si la mejora va a obtener más puntos por su valor económico o por su utilidad, mientras que el órgano de contratación considera en su informe al recurso que la ponderación del criterio se realiza únicamente teniendo en cuenta el valor económico de los bienes ofertados, toda vez que las prestaciones técnicas, funcionalidad y utilidad de los mismos se toman en consideración como requisitos previos cuyo cumplimiento determinará que se pueda valorar la mejora atendiendo a su valor económico.

2. En segundo lugar, porque si el parámetro a considerar en la valoración del criterio es solo el importe de los equipos ofertados, sin ponderar en esta asignación de puntos la utilidad, prestaciones técnicas y funcionalidad de los bienes, pueden obtenerse resultados que no se compadecen con una valoración funcional objetiva y razonable. De este modo, dos ofertas técnicamente equivalentes podrían obtener distinta puntuación en el criterio por su valor económico y paradójicamente sería más valorada la de mayor importe. O también podría ocurrir que un equipo de mayor utilidad que otro para el órgano de contratación pueda ser menos valorado que otro más costoso pero, a su vez,



menos necesario para la actividad clínica o técnicamente más incompleto que el primero.

Lo anterior pone de manifiesto que la ponderación del criterio <<mejoras>> no puede efectuarse atendiendo únicamente al valor económico de los bienes ofertados, y que solo una ponderación que tuviese en cuenta, además del precio del bien, su adecuación técnica, prestaciones, utilidad y funcionalidad sería adecuada, objetiva y razonable a la hora de determinar, junto con los demás criterios, la oferta económicamente más ventajosa.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso y anular en cuanto a su ponderación el apartado 2.2 <<mejoras>> que obra dentro del criterio <<valoración funcional>> en el apartado 13 del cuadro resumen.

NOVENO. En el último motivo del recurso se impugna la cláusula 1.2.2 del PPT cuyo tenor es el siguiente: *“En el objeto del contrato se incluye el material necesario y adecuado que permita el correcto funcionamiento de las unidades de tratamiento de agua para diálisis, en las condiciones que se establecen en el apartado 1.3.3 de este PPT”*

A juicio de FENIN, esta cláusula consigna un pronunciamiento que viene reservado al PCAP conforme a los artículos 67 y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Además, alega que la cláusula contiene una prestación adicional no determinada en su alcance -pues se trata de un mantenimiento aparentemente ilimitado de los depósitos de agua a requerimiento de la Administración- y cuya retribución se fija en la cláusula 1.3.3 del PPT *“El coste anual del mantenimiento de las depuradoras de agua de cada centro será asumido proporcionalmente por cada empresa adjudicataria en función del porcentaje de monitores que se le asigne en cada centro, en atención de lo establecido en el punto 1.2 del PCAP”*, lo que supone, a juicio de la recurrente, que la retribución de aquella prestación se va a efectuar



con cargo al precio que se satisfará por el suministro de material y/o por el arrendamiento y mantenimiento de monitores.

Considera también que el precio final del contrato se hace depender de la Administración contratante, vulnerándose el artículo 87 del TRLCSP y el artículo 1256 del Código Civil al dejarse al arbitrio de aquella los términos del cumplimiento del contrato. En tal sentido, FENIN alude a resoluciones de otros Tribunales de recursos contractuales que estiman la existencia de imprecisión en la fijación del precio o de distorsiones en las imputaciones presupuestarias cuando no se determina el precio de una de las prestaciones.

Por su parte, el informe sobre el recurso aduce que es el PCAP el que establece las prestaciones que ha de efectuar el contratista, figurando solo en el PPT la forma de realizarlas. Además, señala que el PCAP configura el servicio de mantenimiento como el relativo a los equipos necesarios para la realización de las sesiones, por lo que es procedente que se establezca también la obligación de mantener las unidades de tratamiento de agua para diálisis ya que el correcto funcionamiento de los monitores depende del suministro de agua correctamente tratada. De este modo, el servicio de mantenimiento comprende todas las prestaciones que configuran el servicio, incluido el mantenimiento de las plantas de tratamiento de agua.

Pues bien, en el examen de este último motivo del recurso dos son las cuestiones a analizar, a saber, si el PPT vulnera el RGLCAP por regular aspectos que deben figurar en el PCAP y si el PPT impone al contratista la ejecución de una prestación adicional no retribuida o retribuida con cargo al importe de las demás prestaciones contractuales.

Respecto a la primera cuestión, la cláusula 2.1 del PCAP delimita el objeto del contrato incluyendo las siguientes prestaciones:



1. Suministro del material fungible necesario para la realización de las sesiones de hemodiálisis, sin definir su totalidad al tiempo de perfeccionamiento del contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración contratante.

2. Mantenimiento durante la vigencia del contrato de los equipos necesarios para la realización de las sesiones, asumiendo los costes de instalación de los mismos e incluyendo el mantenimiento preventivo, correctivo y técnico-legal.

3. Arrendamiento de los monitores especificados en el PPT conforme al porcentaje de adjudicación que se define en el apartado 1.2 del PCAP.

Asimismo, se indica que el suministro incluye las prestaciones necesarias para la puesta en marcha de los bienes objeto del contrato.

En definitiva, las prestaciones contempladas en el PCAP se refieren al suministro del fungible necesario para las sesiones de hemodiálisis, así como al arrendamiento y mantenimiento de monitores para la realización de dichas sesiones, incluidas las prestaciones necesarias para la puesta en funcionamiento de los bienes contratados. Así definido el objeto contractual en el PCAP parece claro que el suministro del material necesario y adecuado que permita el adecuado funcionamiento de las unidades de tratamiento de agua para diálisis es una prestación contemplada en el apartado 1.2.2 del PPT que no está prevista en el objeto definido en el PCAP.

En tal sentido, hemos de indicar que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán, conforme al artículo 115.2 del TRLCSP, los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por dicho texto legal y sus normas de desarrollo, mientras que el PPT, como su propio nombre indica, contendrá las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades (artículo 116 del TRLCSP).



Asimismo, el RGLCAP regula el contenido específico del PCAP y del PPT en sus artículos 67 y 68. De esta regulación reglamentaria se desprende que la definición del objeto del contrato corresponde al PCAP y la de las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones contractuales corresponde al PPT, sin que, en ningún caso, como advierte el artículo 68.3 del RGLCAP, este último pliego pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el primero.

Resulta claro, pues, que la cláusula del PPT impugnada no se limita a definir las características técnicas de una prestación recogida en el PCAP, sino que define la prestación misma complementando el objeto del contrato recogido en este último pliego. Desde esta óptica, la citada cláusula vulnera lo dispuesto en el artículo 68.3 del RGLCAP, puesto que se excede en su contenido del que legal y reglamentariamente le corresponde.

En cuanto a la segunda cuestión planteada en el recurso, esto es, si la cláusula 1.2.2 del PPT vulnera el artículo 87 del TRLCSP al no retribuir la prestación que contempla o hacerlo con cargo al importe abonado por las restantes prestaciones, hemos de partir de lo dispuesto en el apartado 9 de cuadro resumen del PCAP sobre el valor estimado, precio, presupuesto y anualidades del contrato. El examen de dicho apartado nos permite concluir que existe un precio de licitación con sus correspondientes anualidades presupuestarias para cada una de las prestaciones definidas en la cláusula 2.1 del PCAP (suministro de fungible, arrendamiento de monitores y mantenimiento de los mismos), no así para la prestación definida en la cláusula 1.2.2 del PPT (suministro del material necesario para el correcto funcionamiento de las unidades de tratamiento de agua para diálisis).

Lo anterior se traduce en que el adjudicatario debe ejecutar una prestación para la que no existe previa consignación en el presupuesto y que por tanto, no será expresamente retribuida. Asimismo, la imprecisión de la cláusula respecto al



alcance o extensión de la prestación impide determinar si la misma es accesoria o no, es decir, si es o no significativa en cuanto a su importe, lo que arroja más incertidumbre aún sobre el coste final de la misma.

Tampoco se señala en el clausulado de los pliegos que el coste de esta prestación se encuentre comprendido en el precio de las restantes. Antes al contrario, el apartado 1.3.3 del PPT determina que todos los materiales necesarios para el adecuado funcionamiento de las unidades de tratamiento de agua para diálisis serán suministrados *sin cargo adicional* por el adjudicatario, lo que evidencia que el coste de este suministro, así como el coste anual de mantenimiento de las depuradoras de agua no están ni siquiera englobados o comprendidos implícitamente en el precio que la Administración abonará por las restantes prestaciones contractuales.

En definitiva, la prestación examinada, como parte integrante del objeto contractual según el propio tenor de la cláusula 1.2.2 del PPT, debería conllevar su contrapartida en precio. Al no haberse efectuado de este modo en los pliegos, se vulnera uno de los principios básicos de la contratación que es la adecuada retribución de la prestación realizada, toda vez que los contratos del sector público tienen carácter oneroso según prevé el artículo 2.1 del TRLCSP y refrenda el artículo 87.1 del citado texto legal al señalar que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto.

Con base en las consideraciones realizadas en este fundamento, procede estimar el motivo del recurso y anular la cláusula del PPT examinada junto a la correlativa referida a la ejecución de la prestación sin coste adicional o a cargo del contratista, debiendo en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben integrar esta prestación en el objeto del contrato definido en el PCAP y prever su retribución, bien fijando en el pliego el precio máximo de la misma, bien comprendiendo dicho precio en el que se fije para el servicio de mantenimiento de los monitores, con el que la prestación controvertida encuentra íntima



conexión al depender, según alega el órgano de contratación, el correcto funcionamiento de los monitores del suministro de agua correctamente tratada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis y el arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, con destino a los centros hospitalarios pertenecientes a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 00007/2015) y en consecuencia, anular conforme a lo expuesto en los fundamentos de esta resolución los anuncios de licitación publicados en el DOUE, BOE y perfil, así como el apartado 18.1.2 del cuadro resumen del PCAP, apartados 2.1 y 2.2 del criterio de adjudicación <<valoración funcional>> descrito en el apartado 13.1 del cuadro resumen del PCAP y la cláusula 1.2.2 del PPT, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que se proceda en los términos señalados en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado por este Tribunal en resolución de 20 de enero de 2016.



TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

