

Recurso 378/2021

Resolución 344/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 23 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDICAL MIX, S.L.U.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de equipamiento electromédico para la ampliación del Hospital Costa del Sol, centro dependiente de la Agencia Pública Empresarial Costa del Sol. Financiado por Fondos REACT-EU”, promovido por la citada Agencia Pública, entidad adscrita a la Consejería de Salud y Familias (Expte. ASA 08/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de julio de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil.

El valor estimado del contrato asciende a 1.271.006,99 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 10 de agosto de 2021, la entidad MEDICAL MIX, S.L.U. (MEDICAL MIX, en adelante) presentó en el registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la citada contratación.



Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 11 de agosto de 2021, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano el 27 de agosto.

El 2 de septiembre de 2021, este Tribunal dictó resolución denegando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido las formuladas por la entidad CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U. (CARL ZEISS, en adelante).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

La recurrente se dirige contra determinadas previsiones efectuadas en los pliegos respecto de los lotes 10, 11, 13, 21 y 22, habiendo presentado oferta a todos ellos con excepción del lote 11. No obstante, los motivos en que funda su impugnación respecto a este último ponen de manifiesto que una eventual estimación de dichos motivos permitiría la remoción de los obstáculos que le dificultan la presentación de su proposición al lote mencionado. Queda, pues, justificado el interés legítimo que ostenta la recurrente para impugnar los pliegos en cuanto al lote 11, aun cuando no haya licitado al mismo.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe



admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

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 analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 21 de julio de 2021, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 10 de agosto en el Registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Carácter preferente ex lege del recurso para su resolución.

El presente recurso especial goza de preferencia, en todo caso, para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; habida cuenta que el citado recurso se interpone contra un acto recaído en el procedimiento de adjudicación de un contrato cofinanciado en un 80% con fondos FEDER, según consta en el expediente de contratación y en el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante.

SEXO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo al establecimiento de prescripciones técnicas restrictivas de la concurrencia.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar su motivos. La recurrente solicita la anulación de los pliegos, siendo sus pretensiones las siguientes:



1. Que se anulen determinadas prescripciones técnicas de los lotes 10, 13, 21 y 22, acordándose la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la publicación de los pliegos, a fin de que estos se redacten de nuevo sin dichas prescripciones.

2. Que el Órgano de Contratación aclare los siguientes extremos:

- Si se refiere en el lote 11 a un láser “verde” (tal y como recogen los pliegos) o si se refiere a uno amarillo (tal y como se induce de varios elementos del pliego). Asimismo, *“dado que el tipo de láser afecta a todas las demás cláusulas, solicitamos que, una vez aclarado el color del láser requerido, se reinicien los plazos temporales para la presentación de ofertas, así como de presentación de recursos, pues no puede hacerse una defensa eficaz sin saber qué equipo se está licitando”*.

- A qué se refiere con la expresión “pulido de lentes intraoculares” y, en caso de que tenga que cambiar o eliminar esta característica o similares, aumente el plazo de presentación de ofertas de nuevo al menos a los 35 días exigidos para poder confeccionar una oferta que se ajuste a las nuevas características.

3. Que se tengan por criterios automáticos cada uno de los puntos detallados en la tabla de valoración establecida para cada lote, donde cada apartado reciba una puntuación de 34/X en caso de cumplirse y 0 puntos en caso de no cumplirse, siendo X el número de apartados que se valoran en cada lote; y en su defecto o en caso de que no sea posible, que se anulen todos los criterios subjetivos por falta de definición y coherencia interna suficiente, pasando a valorar cada lote sobre un máximo de 66 puntos.

Para fundamentar tales pretensiones, MEDICAL MIX esgrime una serie de motivos que se analizarán a lo largo de esta resolución, si bien hemos de advertir con carácter previo que exceden de nuestro análisis aquellos alegatos en que la recurrente sustenta sus pretensiones de aclaración de determinados conceptos o extremos en la definición de las prescripciones técnicas de los lotes afectados por el recurso. En tal sentido, procede indicar que, de acuerdo con el artículo 57 de la LCSP, el Tribunal tiene una función exclusivamente revisora de los actos susceptibles de impugnación a través de esta vía administrativa especial, determinando si los mismos incurren o no en infracción de la normativa contractual y/o de aplicación a la contratación promovida y acordando, en su caso, la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación.

Así pues, el Tribunal no puede atender pretensiones que no se dirijan a la anulación de decisiones ilegales adoptadas por los poderes adjudicadores y que, como en el presente caso, solo van dirigidas a que se inste al órgano de contratación a que aclare conceptos de los pliegos que, a juicio de la recurrente, se consideran oscuros o imprecisos. Esta posibilidad de aclaración puede ejercerla el órgano de contratación a instancia de las licitadoras, no compitiendo a este Tribunal suplir la inactividad de la recurrente en este punto. Al respecto, el artículo 138.3 de la LCSP dispone que *“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 (...). En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.”

Deben inadmitirse pues los motivos del recurso que sustentan las pretensiones de aclaración antes expuestas y que se concretan en los siguientes :

- El órgano de contratación se excede con el lenguaje coloquial en las prescripciones técnicas del lote 10; en concreto, al referirse al concepto “pulido de lentes intraoculares”.

- El órgano de contratación pretende ir contra las leyes de la Física en las prescripciones técnicas del lote 11: no es posible saber si el órgano de contratación solicita un láser verde (con longitud de onda de 532 nm) o si quiere un láser amarillo (con longitud de onda de 577 nm).

- El órgano de contratación solicita prescripciones técnicas que podrían llevarlo a adquirir productos potencialmente incompatibles con la finalidad prevista en el lote 13, dada la oscuridad o falta de claridad en la redacción del pliego cuando se refiere a *“tratamientos oncológicos”* y a *“Este dispositivo incluye ecógrafos con funciones de exploración en modo A, modo B, Doppler, Doppler color (CD), modo M y dúplex (combinación de imagen, Doppler y/o flujo de color)”*.

Entrando ya propiamente en el resto de motivos que exigen un análisis de fondo, estos pueden encajarse en dos grandes grupos:

1. Prescripciones técnicas restrictivas de la concurrencia en los distintos lotes.
2. Falta de la concreción mínima exigible al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado “propuesta técnica por lotes” ponderado con hasta 34 puntos.

Frente a estos motivos, se alzan el órgano de contratación en su informe al recurso y la interesada CARL ZEISS en su escrito de alegaciones oponiendo los argumentos que han estimado pertinentes y que se dan por reproducidos, sin perjuicio de la exposición que pueda hacerse de los mismos por parte de este Tribunal al abordar el examen y resolución de la controversia suscitada.



Comenzamos, pues, con el examen y resolución del primer grupo de motivos atinente a la existencia de prescripciones técnicas restrictivas de la concurrencia. Para hacer más comprensible dicho análisis, este Tribunal irá solventando la controversia suscitada en cada lote siguiendo la propia estructura del recurso.

Lote 10 (Laser polo anterior):

MEDICAL MIX alega que el pliego de prescripciones técnicas (PPT) indica para este lote cuatro prescripciones técnicas a medida de los equipos de una determinada empresa; a saber:

- Longitud de pulsos < 4 ns (normalmente 2-3 ns)
- Energía máxima de láser pulso único: normalmente 10 mJ,
- pulso doble: normalmente 23 mJ,
- pulso triple: normalmente 35 mJ.

Aduce que *“Estas características técnicas son exactamente las del equipo Visulas Yag III, fabricado y comercializado en exclusiva por Carl Zeiss”*, lo que a su juicio conculca lo dispuesto en los artículos 1 y 126 de la LCSP. La recurrente justifica tal afirmación señalando que *“Respecto a los equipos que hay actualmente en el mercado, hemos preparado una tabla con el criterio más fácil de consultar, la duración del pulso. Con motivo de este recurso, hemos analizado todos los láseres YAG que hay en el mercado, habiendo encontrado un total de 12 modelos distintos. Todos ellos salvo 1 tienen una duración de pulso de 4 ns. El único que no cumple esta característica es Visulas Yag III de Zeiss, siendo exclusivo en no alcanzar este valor (...) sin que haya ninguna justificación para limitar de esta manera la concurrencia”*.

Asimismo, señala que el órgano de contratación ha concedido el plazo mínimo de 35 días contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea para la presentación de proposiciones, plazo que se ha visto acortado a 30 días para preparar las ofertas al no estar disponibles los pliegos el mismo día del envío (16 de julio) y publicarse cinco días después (21 de julio). En tal sentido, señala que *“no es aceptable para este caso creer que con un plazo de 30 días (ni de 35) las empresas pueden adaptar su producción a los requisitos solicitados por el Órgano de Contratación, puesto que la legislación referente a los productos sanitarios vigente impide que pueda cambiarse la producción en un intervalo de tiempo de tan corto (...)*.

Por tanto, únicamente pueden presentarse al lote 10 aquellas empresas cuyo producto ya se ajuste a día de hoy a las prescripciones técnicas solicitadas por el Órgano de Contratación”.

Pues bien, en el examen de este alegato debe partirse de lo dispuesto en el artículo 126. 1 de la LCSP conforme al cual *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos*



injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 del citado texto legal, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribe legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide que, con una justificación adecuada, concreta y ajustada a las necesidades públicas que el contrato ha de satisfacer conforme al artículo 28.1 de la LCSP, se puedan establecer prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales licitadoras.

En el sentido expuesto, es doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 401/2020, de 19 de noviembre y 8/2021, de 21 de enero, por citar algunas de las más recientes) que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en la configuración de la prestación y de sus características técnicas, siempre y cuando las mismas encuentren adecuado fundamento y justificación en las necesidades y fines perseguidos por la contratación proyectada. Como señalábamos en nuestra Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, reiterando a su vez doctrina previa de este Órgano, *“es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate, como sucede en el caso enjuiciado.*

Así, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que este Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate (...).

Asimismo, no debe olvidarse que lo que prohíbe el artículo 126.1 de la LCAP es el establecimiento de prescripciones técnicas que, de modo injustificado, creen obstáculos a la apertura de la contratación pública a la concurrencia”.

Por otro lado, en nuestra Resolución 8/2021, de 21 de enero, compartíamos el criterio sostenido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en su Resolución 425/2019, de 2 de octubre, al afirmar que *“(...) se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores (tal y como manifiesta el órgano de contratación) y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se*



exige una forma de presentación concreta, determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”.

En el supuesto analizado, hemos de discernir, pues, si las prescripciones técnicas del lote 10 que han sido impugnadas conculcan o no el artículo 126.1 de la LCSP. Al respecto, en el informe al recurso, el órgano de contratación señala la importancia en Oftalmología de una menor duración del pulso del láser foto-disruptor (YAG). En tal sentido manifiesta que la densidad de potencia necesaria para conseguir la fotodisrupción es inversamente proporcional a la duración del pulso del láser, por lo que con una menor duración del pulso se consigue que con menos energía se obtenga el mismo efecto. De esta manera se pueden realizar las capsulotomías utilizando menor energía y, en consecuencia, el paciente corre menos riesgo de sufrir o daños en la lente intraocular o efectos secundarios en el ojo como el aumento de la presión intraocular.

Asimismo, dicho órgano aduce que sobre la energía máxima de los pulsos doble y triple (23 mJ y 35 mJ, respectivamente) se han establecido valores aproximados que cumplen normalmente la mayoría de los láseres Yag del mercado y por tanto, no son requisitos técnicos excluyentes.

Por tanto, a juicio de este Tribunal, las prescripciones impugnadas no se hallan carentes de justificación suficiente desde un punto de vista clínico y asistencial; además, como esgrime el órgano de contratación, dos de ellas establecen el requisito técnico precedido del adverbio “normalmente”, término que permite considerar otro rango distinto al fijado en el PPT.

Además, no queda acreditado que las citadas prescripciones solo puedan ser cumplidas por una única licitadora. Frente a los alegatos de MEDICAL MIX, el órgano de contratación señala que en el mercado existen otros modelos de láser Yag que utilizan pulsos de menos de 4ns y a continuación indica hasta cuatro modelos de cuatro fabricantes diferentes con indicación de la página web que permite acceder a los mismos. Por otro lado, ha habido concurrencia al lote 10 como lo demuestra el hecho de que se han presentado dos ofertas más aparte de la de CARL ZEISS; en concreto, la de la propia recurrente y la de otra licitadora.

Finalmente, tampoco es asumible el criterio de la recurrente de que se ha dispuesto de solo 30 días para preparar las ofertas, sin que dicho tiempo sea suficiente para adaptar su producción a las exigencias del pliego y ello por dos razones:



1ª) Porque, una vez admitido y constatado, que el órgano de contratación puede, de modo justificado y respetando el marco legal, determinar las prescripciones técnicas que mejor se ajusten a sus necesidades (artículos 28.1 y 126 de la LCSP), las licitadoras no pueden pretender invertir este postulado legal para que dichas prescripciones se ajusten en todo caso a sus modos de producción o modelos de fabricación. Es justo al contrario.

2ª) Porque el plazo de 30 días a que se refiere la recurrente no conculca precepto legal alguno. Como reconoce la recurrente, el órgano de contratación ha respetado el plazo mínimo de presentación de proposiciones de 35 días desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (artículo 156.2 de la LCSP). Los 30 días a que alude MEDICAL MIX son consecuencia de la publicación de los pliegos con el anuncio de licitación, publicación que, por razones obvias, es posterior a su fecha de envío.

Por cuanto se ha argumentado, el alegato del recurso frente a determinadas características técnicas del lote 10 debe ser desestimado.

Lote 21 (Microscopio quirúrgico oftalmológico):

MEDICAL MIX esgrime que dos prescripciones técnicas del PPT solo pueden ser cumplidas por los equipos de la empresa CARL ZEISS:

1ª) *“Para el cirujano principal, tubos binoculares basculantes con inversor integrado y oculares gran angulares con corrección de ametropía y ajuste de la distancia interpupilar: señala la recurrente que la literalidad de la prescripción técnica da poco margen a interpretar que el inversor pueda encontrarse en el cuerpo de la óptica, puesto que especifica que debe estar integrado en los tubos binoculares basculantes y que solo existe una marca en el mundo con equipos que cumplan esta característica que es CARL ZEISS, toda vez que dicha invención fue patentada por la citada empresa.*

Añade que, actualmente, hay varias marcas que fabrican microscopios quirúrgicos, destacando en el mercado internacional LEICA, ZEISS y ALCON y que una de las muchas ventajas de los microscopios quirúrgicos de LEICA es su capacidad para inclinar el cuerpo del microscopio de manera motorizada, lo que redundaría en la comodidad, facilidad y precisión durante la práctica quirúrgica. Los microscopios de ZEISS, sin embargo, no disponen de esta característica, siendo su inclinación manual.

Concluye, pues, que el órgano de contratación limita de manera injustificada y excesiva la concurrencia, ya que si el objetivo de solicitar la inclinación del cuerpo del microscopio fuera poderlo adaptar a la mejor visualización según necesidades, se solicitaría que dicha característica fuera motorizada y más aún, podría no haberse especificado el proceso específico para conseguir ese resultado, abriendo la competencia.



2ª) “Sistema de luces en el estativo y filtro de simulación de la luz halógena”: según la recurrente, la simulación de luz halógena no tiene más justificación que aproximarse lo más posible a la oferta que realizará CARL ZEISS, sin que haya motivos técnicos ni clínicos que la avalen. Afirma que, sin justificación alguna, el órgano de contratación pide simulación de luz halógena en lugar de luz halógena, siendo más razonable valorar una tecnología concreta que los intentos de imitarla; y que, en cualquier caso, debería valorarse tanto la luz halógena como su imitación.

Por su parte, el órgano de contratación se alza contra los alegatos de la recurrente manifestando, en síntesis, lo siguiente:

-Respecto a la inclinación del cuerpo del microscopio manual, *“la empresa Zeiss cuenta en un modelo con inclinación monitorizada al igual que otro modelo de Leica (sólo ambos cuentan con esta característica), es decir, el resto de los fabricantes / distribuidores del mercado cuentan en sus microscopios con inclinación manual, lo que asegura una mayor concurrencia al procedimiento. Por otro lado, destacar que lo más habitual es dicha inclinación manual para evitar el sobre coste de la inclinación eléctrica”*.

-Respecto a lo indicado sobre los tubos binoculares, *“la interpretación que realiza la recurrente no es la misma que hace este órgano de contratación que establece y aclara que el binocular (...) pueda (sic) ir en la óptica del microscopio y no integrado y, por tanto, se pueden presentar a la licitación cualquier fabricante/ distribuidor añadiendo un inversor eléctrico al microscopio. Por lo tanto, debemos indicar que la empresa recurrente podría haber solicitado aclaraciones a este punto del lote y este órgano de contratación le hubiera respondido a las dudas que ahora indica, y no fueron presentadas en el plazo de presentación de ofertas del procedimiento”*.

-Respecto al sistema de luces en el estativo y filtro de simulación de la luz halógena, señala el órgano de contratación que en el mercado existen varias empresas, como por ejemplo CARL ZEISS y TOPCON, que sitúan su sistema de iluminación en el estativo por lo que no es una característica exclusiva y además tiene ventajas al situar el sistema de iluminación alejado del campo quirúrgico; y en cuanto al filtro de simulación de la luz halógena, *“La justificación para incluir este filtro es clara: un filtro que cambie la temperatura de la luz ayuda a conseguir mejores contrastes en las diferentes situaciones quirúrgicas que se encuentra un cirujano en dependencia de la patología del paciente (...)”*.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede resolver la controversia suscitada sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Se observa que MEDICAL MIX pretende defender, en un juicio técnico subjetivo y paralelo al del órgano de contratación, las bondades técnicas de su producto, obviando que es a la entidad contratante a la que legalmente



corresponde determinar motivadamente las necesidades públicas a satisfacer con la contratación proyectada (artículo 28.1 de la LCSP) y establecer las prescripciones técnicas que mejor se acomoden a las mismas.

2. Las prescripciones técnicas impugnadas se encuentran justificadas desde un punto de visto clínico y asistencial, sin que quede acreditado que solo existe una licitadora en el mercado que pueda satisfacerlas; antes al contrario, se constata que han presentado oferta a este lote tres empresas: la recurrente, la interesada CARL ZEISS y otra licitadora. Asimismo, uno de los aspectos impugnados -sistema de luces en el estativo y filtro de simulación de la luz halógena- no es una prescripción técnica cuyo incumplimiento determine la exclusión de una oferta; tan solo es un criterio técnico de valoración de la proposición entre 16 más que se contempla en la tabla de valoración configurada en el PCAP para el lote 21.

Con base en estas consideraciones y a la luz de los preceptos legales y criterios doctrinales expuestos al abordar la impugnación de requisitos técnicos del lote 10, el presente alegato debe igualmente desestimarse.

Lote 22: (Camilla/sillón quirúrgico oftalmología):

La recurrente impugna tres características técnicas descritas en el PPT para este lote con los siguientes argumentos para justificar que solo puede cumplirlas un único licitador:

- Columna telescópica de al menos 585 a 955 mm: aunque en la redacción se ha querido dar una apariencia de intervalo mínimo, lo cierto es que actualmente solo hay una camilla en el mercado que cumpla con ese intervalo.

- Función de memoria con 8 programas: la obligatoriedad de las 8 memorias y que estas no se presenten como una cuantía mínima en cuyo caso se hubiese indicado “función de memoria con al menos 8 programas”, lleva a la conclusión de que quedaría descartado el modelo comercializado por la recurrente en España, técnicamente superior en el ámbito de las memorias al contar con un total de 11 programas.

- Extensión de la sección de la espalda para el ajuste de la longitud: se trata de un requisito poco habitual en estas camillas.

Frente a tales alegatos, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo lo siguiente:

- La columna telescópica de al menos 585 a 955 mm se establece por ergonomía y para permitir a los cirujanos una disposición adecuada para los procesos quirúrgicos y confortabilidad. Asimismo, señala que *“La empresa Medical Mix en su recurso (página 15 – 16) presenta una tabla del mercado de camillas para oftalmología indicando que ninguna de las expuestas cumplen con el criterio de columna telescópica.*



Se ha de indicar, por este órgano de contratación, que -sea dicho con el debido respeto- el criterio no ha sido entendido por el licitador, dado que existen productos en dicha tabla que cumplen con los requisitos especificados en el pliego de prescripciones técnicas del procedimiento. Por lo tanto, la recurrente ante las dudas que se le hubieran podido suscitar por otra interpretación a lo establecido por la Administración, tenía la potestad para realizar la petición de información sobre los pliegos, en base a lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP.

A continuación, procedemos a exponer en base al listado que presenta la recurrente en la página 15- 16 del recurso, los modelos de los productos que en dicha tabla, cumplen con lo indicado en los pliegos de prescripciones técnicas del procedimiento (...)", indicando a continuación hasta seis productos que cumplirían con el rango de medidas del PPT.

- El producto de la recurrente con un total de 11 programas memorizables, de los cuales se recomiendan 8 concretos además de los personalizados que se quieran añadir, cumpliría con el requisito dado que ofrece 8 programas recomendados y con posibilidad de añadir otros tres personalizados. En cualquier caso, el licitador tuvo la posibilidad de solicitar aclaración en este punto.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, hemos de desestimar el motivo dando por reproducidas las consideraciones de este Tribunal con relación a los requisitos técnicos impugnados en los lotes anteriores; en el caso de este lote 22, aparte de que existe justificación técnica a las exigencias del PPT, no queda tampoco acreditado que solo una licitadora pudiera cumplir dichas exigencias; incluso, de lo expuesto en el informe al recurso, se desprende que hasta el producto de la recurrente sería susceptible de cumplir con los requisitos exigidos, pudiendo MEDICAL MIX haber hecho uso de su facultad de solicitar aclaración, evitando una interpretación restrictiva del PPT menos acorde a la literalidad de los pliegos. En cualquier caso, según señala el informe al recurso y se desprende de la documentación remitida a este Tribunal por el órgano de contratación, además de otro licitador, MEDICAL MIX ha presentado oferta a este lote.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la falta de la concreción mínima exigible a los criterios sujetos a juicio de valor.

MEDICAL MIX impugna el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor establecido en el Anexo X del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) denominado "propuesta técnica por lotes", valorado con hasta 34 puntos y del siguiente tenor: "El nivel de valoración funcional de la propuesta técnica del equipo, se establecerá en base a los criterios establecidos en la tabla de valoración de cada uno de los lotes, cuya puntuación se establece de 0 a 34 puntos por lote, siendo equitativa en función de los diferentes criterios establecidos para cada lote en dicha



tabla de valoración, la cual se anexa a continuación de este cuadro”. A continuación, el PCAP establece una tabla de valoración por lote con una serie de criterios técnicos a considerar en la valoración de las ofertas.

Alega la recurrente que según el pliego la puntuación será equitativa en función de los distintos criterios establecidos para cada lote, lo que permite entender que a cada uno de esos criterios le corresponde la puntuación proporcional de 34 puntos. Con esta interpretación, aduce que el criterio de adjudicación sería de evaluación automática recibiendo cada elemento de la tabla bien la puntuación proporcional, bien cero puntos en función de que las proposiciones dispongan o no de esa característica.

Asimismo, señala que, de ser otra la interpretación del órgano de contratación, debería haber permitido a los licitadores conocer de antemano cuáles son las pautas para valorar las ofertas, evitando disponer de una libertad absoluta y que en tal caso los elementos de la tabla de valoración de cada lote deberían tener la puntuación correspondiente.

Por su parte, el órgano de contratación defiende que el criterio impugnado está sujeto a juicio de valor. En primer lugar, indica que a cada elemento de la tabla de valoración le corresponde según el pliego una puntuación equitativa proporcional a los 34 puntos con que se pondera como máximo el criterio. Así pues, afirma que *“la recurrente no puede indicar que cada uno de los elementos a valorar no dispone de puntuación”* .

Asimismo, sostiene que el PCAP exige a los licitadores aportar el *“product data”* de los equipos ofertados *“para poder realizar un análisis de los aspectos a valorar de una manera subjetiva conforme se indica en cada uno de los lotes a adjudicar. No se han planteado como criterios de valoración mediante fórmulas, porque no es posible establecer criterios automáticos y solicitar el product data, folletos del producto, donde se explican todas las características que componen los equipos; así como la literatura de explicaciones de la calidad y planteamiento de los componentes del equipo a presentar por los licitadores para que puedan ser estudiados a plenitud por la comisión técnica (...)”*.

Pues bien, en el examen de este motivo por el Tribunal hemos de señalar que, aunque los artículos 145 (“Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato”) y 146 (“Aplicación de los criterios de adjudicación”) de la LCSP no establecen una definición legal expresa de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y de evaluación automática, el artículo 146.2 del texto legal dispone que *“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”*.



Se colige, pues, sin gran grado de dificultad que un criterio de evaluación automática es aquel que se valora aplicando directamente la fórmula fijada en el pliego, sin necesidad de realizar ningún juicio técnico previo para su aplicación. Asimismo, en nuestra Resolución 320/2020, de 10 de septiembre, señalamos a propósito de esta cuestión que *“procede dar la razón al órgano de contratación cuando esgrime que la naturaleza de un criterio viene determinada por su propia configuración y forma de ponderación. Con carácter general, no hay a priori y en abstracto criterios “sujetos a juicio de valor” o de “evaluación automática” por su propia naturaleza. Esta va a depender de cómo se redacte el criterio en los pliegos y sobre todo de cómo se puntúe.*

En el supuesto analizado, ninguno de los criterios de adjudicación recurridos tienen establecida una fórmula para su valoración, sino que en todos ellos hay un margen de discrecionalidad a la hora de asignar la puntuación correspondiente que va desde “hasta 1 punto” en algunos de ellos a “hasta 4 puntos” en algún otro, pasando por puntuaciones intermedias de “hasta 2 puntos” y “hasta 3 puntos”. Ello determina que la comisión técnica, a la vista de la descripción del criterio y de la oferta a ponderar, cuenta con un margen de juicio técnico para determinar la concreta puntuación de cada proposición dentro de la horquilla que permite el PCAP en cada caso. Por tal razón, los criterios impugnados, tal y como aparecen configurados en el pliego y sin entrar en ningún otro tipo de consideración, no pueden estimarse de evaluación automática como sostiene la recurrente”.

En el presente caso, como ya hemos manifestado, el Anexo X del PCAP establece el criterio de adjudicación aquí impugnado al que denomina “propuesta técnica por lotes” y que se halla valorado con hasta 34 puntos, siendo su redacción la siguiente: *“El nivel de valoración funcional de la propuesta técnica del equipo, se establecerá en base a los criterios establecidos en la tabla de valoración de cada uno de los lotes, cuya puntuación se establece de 0 a 34 puntos por lote, siendo equitativa en función de los diferentes criterios establecidos para cada lote en dicha tabla de valoración, la cual se anexa a continuación de este cuadro”.* A continuación, el PCAP establece una tabla de valoración por lote con una serie de criterios técnicos a considerar en la valoración de las ofertas.

De este modo, si nos vamos a modo de ejemplo al lote 10 -como hace la propia recurrente-, nos encontramos con los siguientes aspectos evaluables:

- Se valorará que el punto focal del haz de encuadre se establezca con precisión y con capacidad reproducible delante, detrás o directamente en el punto focal del láser de disrupción.
- Se valorará el Rayo Guía de 4 puntos.
- Se valorará una lámpara de hendidura de diagnóstico totalmente equipada.
- Se valorará el panel de control compacto de fácil y cómodo manejo.
- Se valorará que la energía láser está visible en todo momento en la pantalla iluminada y sin reflexiones.
- Se valorará que el nivel de energía seleccionado se puede corregir debidamente antes de la aplicación de láser.
- Se valorará que la luz de advertencia de láser fuera de la sala de terapia láser indica cuando el láser está



encendido.

- Se valorará un tubo monocular de co-observación aplicable a efectos de formación y de consulta.
- Se valorará las gafas protectoras del YAG para longitudes de onda de 1064 nm que proporcionen protección adecuada según lo establecido en la norma DIN EN 207.

Conforme al citado Anexo X del PCAP, la puntuación del criterio de adjudicación impugnado va de 0 a 34 puntos que se repartirán de modo equitativo en función de los distintos aspectos a valorar en cada lote.

A la vista de los extremos que hemos reproducido del PCAP, cabe concluir que la naturaleza del criterio recurrido no es de evaluación automática como defiende la recurrente. En primer lugar, porque la constatación de si los equipos ofertados cumplen con los criterios técnicos fijados en la tabla de valoración exige en muchos casos la realización de un análisis técnico o valoración previa que son incompatibles con la naturaleza de un criterio de evaluación automática donde no existe margen de discrecionalidad alguno, ni a la hora de determinar si la oferta se ajusta a su definición, ni a la hora de puntuarla. Y en segundo lugar, porque la asignación de puntos en el criterio no es automática ni obedece a la aplicación de una fórmula preestablecida. Dicha puntuación se mueve en una horquilla amplia que va de cero a 34 puntos repartidos equitativamente -en terminología del PCAP- en función de que las ofertas reúnan o no una serie de elementos o aspectos descritos en la tabla de valoración de cada lote.

Despejada, pues, la controversia en cuanto a la naturaleza del criterio, tampoco puede darse la razón a MEDICAL MIX cuando esgrime que, de admitirse que se trate de un criterio sujeto a juicio de valor, el mismo debe anularse por conceder al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada en su valoración.

Tal afirmación tampoco puede acogerse: el Anexo X del PCAP, al configurar el criterio de adjudicación analizado, se ha preocupado de marcar aspectos y pautas de valoración al órgano evaluador cuando pondere las ofertas y tenga que repartir los puntos asignados al criterio (hasta 34). En tal sentido, cada lote tiene claramente fijados los distintos aspectos sujetos a valoración, siendo clara la pauta de ponderación: el reparto equitativo de los puntos entre los distintos aspectos o elementos evaluables. Así pues, cabe concluir que el marco de discrecionalidad en la valoración de las proposiciones está delimitado en el pliego, lo que evita precisamente que la libertad de decisión del órgano evaluador sea ilimitada.

Debe, pues, desestimarse el motivo analizado en este fundamento de derecho y con él, el recurso interpuesto.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDICAL MIX, S.L.U.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de equipamiento electromédico para la ampliación del Hospital Costa del Sol, centro dependiente de la Agencia Pública Empresarial Costa del Sol. Financiado por Fondos REACT-EU”, promovido por la citada Agencia Pública, entidad adscrita a la Consejería de Salud y Familias (Expte. ASA 08/2021)

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.

