

Recurso 171/2021
Resolución 463/2021

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

Sevilla, 11 de noviembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L** contra los pliegos que rigen el “Acuerdo marco para el suministro de material específico de nefrología con cesión de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento gratuito de los mismos con destino al Hospital Universitario Regional de Málaga, Hospital Universitario Virgen de la Victoria, Área de Gestión Sanitaria Serranía y centros sanitarios de la provincia de Málaga”, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000072/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de marzo 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 acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento. Su valor estimado asciende a 6.041.148,37 euros.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

SEGUNDO. El 19 de abril de 2021, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, dirigido a la Consejería de Hacienda y Financiación Europea de la Junta de Andalucía, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por BAXTER, S.L. (BAXTER, en adelante) contra los pliegos que rigen el acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento. A través de la Plataforma de Intercambio Registral entre Administraciones, el citado escrito fue recibido el mismo día en el Registro electrónico de la Junta de Andalucía, con entrada efectiva en este Tribunal el día 20 de abril.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, reclamándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue recibida en este Tribunal.



El 29 de abril de 2021, este Tribunal adoptó, previa solicitud de la entidad recurrente, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Por último, habiéndose conferido trámite de alegaciones por cinco días hábiles a los interesados en el procedimiento con traslado del escrito de recurso, no consta que se haya formulado ninguna.

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 de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. A tal efecto, aun cuando no consta que haya presentado oferta en la licitación, los motivos en que fundamenta su impugnación ponen de manifiesto que el contenido de los pliegos le origina un perjuicio y merma su posibilidad de acceso en condiciones de igualdad efectiva con el resto de potenciales licitadores; lo cual pretende remediar con el dictado de una resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible

Son objeto de impugnación los pliegos que rigen un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la LCSP en sus apartados 1 b) y 2 a).

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el alegato de que los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) vulneran lo dispuesto en los artículos 116, 145 y 146 de la LCSP.

BAXTER solicita que se declare que los pliegos que rigen la contratación no son ajustados a derecho y que se acuerde la nulidad de la licitación. Funda esta pretensión en varios motivos que se expondrán y analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En su primer alegato, combate los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo I del PCAP para los lotes individuales y las cuatro agrupaciones de lotes en que se divide el objeto del contrato. El tenor del citado Anexo I es el siguiente:

«1.- CRITERIOS AUTOMÁTICOS: 80 PUNTOS



1.1. PRECIO:

Puntos.....de 0 a 50 puntos

Fórmula de evaluación..... $[50 * (\text{Mejor precio} / \text{precio a valorar})]$

1.2. OFERTA TÉCNICA CRITERIOS AUTOMÁTICOS: 30 PUNTOS

1.2.1 Grado de eficiencia:

Puntos.....de 0 a 30 puntos

Fórmula de evaluación..... Se asignará el máximo valor al producto ofertado que mejor grado de eficiencia obtenga, entendiendo la misma como la relación entre la valoración funcional del producto y el precio ofertado: $\text{GRADO DE EFICIENCIA} = \text{Valoración} / \text{Precio ofertado}$

Este grado de eficiencia se valorará mediante la fórmula:

$[30 * \text{Grado de eficiencia del producto ofertado} / \text{Mejor Grado de eficiencia}]$

2.- CRITERIOS NO AUTOMÁTICOS: 20 PUNTOS

2.1 VALORACIÓN FUNCIONAL DEL PRODUCTO: 20 PUNTOS. Umbral mínimo 7 puntos (en otros apartados del Anexo se indica 6 puntos, siendo este último umbral el que parece aceptarse por las partes. Esta aclaración es nuestra)

2.1.1. Características Técnicas y funcionales de los productos ofertados

Puntos.....de 0 a 20 puntos (...))»

A continuación, se describe una escala de puntuaciones para la distribución de los 20 puntos asignados al criterio y se definen los aspectos que se valoran en el mismo según el siguiente tenor literal:

«Características
Técnicas y
funcionales de los
productos
ofertados

MUY ADECUADO: De 13 a 20 puntos

El producto cumple las características técnicas solicitadas, con mejora significativa de las mismas en cuanto a Calidad, Seguridad, Rentabilidad, Eficiencia, Envasado y Etiquetado

ADECUADO: De 7 a 12 Puntos

El producto cumple las características técnicas solicitadas, con alguna mejora de las mismas en cuanto a Calidad, Seguridad, Rentabilidad, Eficiencia, Envasado Y Etiquetado.

ACEPTABLE: De 6 Puntos

El producto cumple las características técnicas solicitadas.

POCO ADECUADO: De 0 a 5

Puntos

El producto cumple las características técnicas solicitadas, pero presenta deficiencias en cuanto

En este criterio se valorarán:

-Calidad: Las características de los materiales y la composición de los productos ofertados.

-Seguridad: La ausencia de riesgo asociada a los productos en todas sus dimensiones (usuarios y profesionales).

-Rentabilidad: La consecución de la finalidad perseguida con la menor utilización posible de unidades.

-Eficiencia: La capacidad del material utilizado para conseguir los efectos perseguidos o deseados.

-Envasado y del etiquetado: de fácil apertura para preservar la esterilidad en el momento del uso. Donde aparezcan nombre



a Calidad, Seguridad, Rentabilidad, Eficiencia, Envasado Y Etiquetado. del artículo, fecha de caducidad, proceso de esterilización, nº de lote y referencia»

BAXTER combate los criterios de adjudicación expuestos con los siguientes argumentos:

1. No obra en el expediente de contratación motivación alguna relativa a la utilización de tales criterios vulnerándose lo dispuesto en el artículo 116 de la LCSP. Esta ausencia de justificación hace dudar de que los criterios seleccionados se encuentren relacionados con el objeto del contrato, aportando asimismo un ámbito de decisión ilimitada en su aplicación al órgano de contratación.

2. El criterio de adjudicación consistente en la valoración funcional del producto incumple lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP. Alega que la escala de puntuación establecida suscita varias dudas como ¿qué se entiende por mejora significativa?, ¿por qué un bien será calificado como “poco adecuado” si cumple con el contenido del pliego de prescripciones técnicas (PPT) en lo que hace a calidad, seguridad, rentabilidad, eficiencia, etc.?, ¿qué se entiende por deficiencias significativas?. En tal sentido, manifiesta que *“estamos tratando de dispositivos médicos que presentan unos estándares de calidad exigidos por la Agencia Española del Medicamento y de Productos Sanitarios y que, por ejemplo, en lo que hace a su envasado y etiquetado, por exigencia legal, contendrá una mención al nombre del artículo, fecha de caducidad, número de lote, etc. por prescripción legal. ¿Cómo, tratándose de dispositivos médicos, un bien podrá dar cumplimiento a los mínimos establecidos en el PPT pero presentar deficiencias significativas en aspectos tales como la calidad?”*.

Asimismo, señala que el producto ofertado tendrá la consideración de “*acceptable*”, obteniendo 6 puntos, cuando cumpla las características técnicas solicitadas; lo que, a su juicio, parece un contrasentido porque si el PPT establece el contenido mínimo que han de cumplir los bienes ofertados, *“¿cómo es posible que se otorgue una puntuación a esta misma circunstancia?”*. Y concluye que el criterio incumple lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP por cuanto está formulado de forma subjetiva, otorgando al órgano de contratación una potestad exacerbada en su aplicación, incumpliendo las garantías de no discriminación y el principio de igualdad.

3. El criterio “grado de eficiencia” no guarda vinculación con el objeto del contrato, no encontrándose justificación sobre su utilización en el expediente. Sostiene la recurrente que este criterio es evaluado mediante una fórmula en la que se tiene en cuenta la relación existente entre la valoración funcional que obtiene la oferta y la proposición económica, que son aspectos que ya han sido objeto de ponderación diferenciada: de un lado, el precio y de otro, las características técnicas del bien. Asimismo, cuestiona la vinculación entre este criterio y la efectiva satisfacción de las necesidades detectadas por el órgano de contratación al promover la licitación.

Frente a este motivo se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

-Si bien no se justifica con detalle la elección de los criterios de adjudicación en la memoria incorporada al expediente, debe efectuarse una interpretación sistemática e integral de toda la documentación de la licitación. Se trata, además, de criterios que no requieren mayor concreción.

-La recurrente confunde *“la existencia de valoración sobre una oferta técnica presentada y la aplicación del concepto de umbral mínimo”*. Es posible que una oferta, aun cumpliendo las prescripciones técnicas obligatorias,



no resulte adecuada para garantizar la eficacia asistencial. En este caso, la oferta no puede ser rechazada porque cumple el PPT, pero sí por no alcanzar dicha eficacia.

-No existe norma jurídica que impida que se otorguen puntos por el cumplimiento del PPT y ello porque:

- No supone un agravio comparativo con ninguna de las otras ofertas.
- El criterio de adjudicación está encaminado a valorar la oferta técnica con mayor o menor importancia sobre esa puntuación base.
- Es la forma de hacer operativo el umbral mínimo, de modo que ofertas técnicas que cumplan el PPT no continúen en el proceso selectivo si presentan deficiencias en los aspectos objeto de evaluación en el criterio.

-El criterio “grado de eficiencia” está vinculado al objeto del contrato en la medida que valora aspectos de funcionalidad técnica del bien y su precio, atribuyendo puntuación en base a la relación existente entre ambos parámetros.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

a) En primer lugar, debe abordarse el alegato relativo a la falta de justificación de la elección de los criterios de adjudicación conforme a lo dispuesto en el artículo 116.4 letra c) de la LCSP, cuyo tenor es el siguiente: *“En el expediente se justificará adecuadamente: c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”*.

La finalidad del precepto, en cuanto a la justificación de los criterios de adjudicación, es que, respetando el ámbito de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación en su establecimiento, el mismo no se desvíe de la consecución del objetivo dirigido a la adjudicación de la oferta más ventajosa para los interés públicos y necesidades que pretenden cubrirse con el contrato (artículo 28 de la LCSP), estableciendo criterios que permitan seleccionar la oferta que mejor responda a tales necesidades mediante su adecuada vinculación al objeto contractual en los términos que recoge el artículo 145.6 de la LCSP *“Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida (...)”*.

Sobre esta cuestión, ya se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 366/2020, de 29 de octubre, donde -remitiéndonos a otra anterior- señalábamos lo siguiente:

“Por tanto, queda claro que los órganos de contratación deben justificar adecuadamente en el expediente los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato y tendrán que hacerlo, bien en la memoria justificativa -documento adecuado para efectuarlo como señala el Informe 108/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a que alude el propio órgano de contratación y que en esencia es el que demanda una correcta interpretación de los artículos 63.3 y 116.4 de la LCSP pues con ello se facilita la publicidad en el perfil de todos esos extremos a justificar-, bien en los propios pliegos.

Como señalamos en nuestra Resolución 229/2020, de 2 de julio, <<(…) el artículo 116.4. de la LCSP exige, como se ha visto, una “adecuada justificación” de determinados extremos del procedimiento de



licitación, entre los que se encuentran los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato. Es decir, no bastaría con que se exprese en la memoria justificativa una justificación, sino que ésta ha de ser adecuada, lo que exige un plus de concreción.

De esta manera, no cabe considerar que nos encontramos ante un mero requisito formal, cuyo desconocimiento carece de relevancia, sino que el cumplimiento de la exigencia de la adecuada justificación de los distintos extremos que establece el precepto es fundamental, constituyendo una contrapartida a la libertad de configuración del contrato de la que dispone el órgano de contratación. En este sentido, aparte de la elección de los criterios de adjudicación, el artículo 116.4 de la LCSP exige justificar adecuadamente la elección del procedimiento de licitación, la clasificación que se exija, los criterios de solvencia técnica o profesional, económica y financiera; el valor estimado, la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción, y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional, así como la decisión de no dividir el objeto del contrato en lotes, en su caso.

Como puede apreciarse se trata de justificar la determinación de los elementos fundamentales que conforman el diseño del procedimiento de licitación, justificación, que permitirá a los licitadores poder apreciar si la elección realizada cumple las distintas prescripciones de la LCSP en relación con cada uno de dichos elementos; en el caso que nos ocupa, poder apreciar que los criterios de adjudicación cumplen las exigencias del artículo 145 relativo a los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato. Por ello, el artículo 63 de la LCSP, que regula el perfil de contratante, como instrumento al servicio de la transparencia (principio que es uno de los fines de la regulación de la LCSP de acuerdo con su artículo 1), establece en la letra a) de su apartado 3 la obligación de publicar la memoria justificativa en dicho perfil.

(...)

La importancia del debido cumplimiento del artículo 116.4, ha sido destacada por los órganos competentes para la resolución del recurso especial. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1350/2019, de 25 de noviembre, referida precisamente al empleo de certificados de calidad de gestión, medioambientales y de seguridad y salud en el trabajo como criterios de adjudicación en un contrato de servicios de vigilancia y seguridad, señaló:

“Por otro lado, el artículo 116.4 de la LCSP exige que en el expediente se justifiquen entre otros aspectos los criterios que serán tenidos en cuenta para la adjudicación del contrato, respondiendo así a la exigencia general del derecho administrativo de motivar todo acto discrecional. En la memoria justificativa que se incluye en el expediente, simplemente se describen los criterios de adjudicación empleados, pero no se llega a justificar su ajuste a la legalidad contractual, particularmente a las exigencias del artículo 145 de la LCSP.

Tal y como indicamos en la Resolución 456 y 786/2019, el Tribunal carece de los conocimientos técnicos suficientes para resolver en qué medida los sistemas de calidad, gestión, medioambientales o de salud en el trabajo que tenga implantados la empresa incidirán en la prestación concreta que es objeto del contrato de servicios que se pretende contratar, pero esta justificación debería haber sido incluida en el expediente, tal y como resulta exigible en el artículo 116 de la LCSP. La falta de motivación del vínculo entre los citados sistemas y el objeto del contrato, por sí sola, produce la infracción de la norma, determinando la anulación del criterio de adjudicación conforme al artículo 40 de la LCSP. Además, no es posible apreciar la relación entre las prestaciones que tiene por objeto el contrato de vigilancia y la implantación de las medidas de gestión de calidad, ambientales y de salud



y seguridad en el trabajo, por lo que se infringe el artículo 145 de la LCSP, llevando consigo la anulación del criterio de adjudicación definido en la cláusula 9.2.5 del PCAP, de acuerdo con el artículo 40 de la LCSP.”

Téngase en cuenta que esa motivación adecuada que debe contener la memoria justificativa es fundamental para que los interesados puedan apreciar en primera instancia el cumplimiento de la LCSP en los distintos aspectos cuya elección hay que justificar adecuadamente, y en el presente caso, de lo dispuesto en el artículo 145 para los criterios de adjudicación.

En este sentido, la necesidad de justificación adecuada ha de ser, con carácter general, previa a la licitación, de manera que no puede ser satisfecha mediante las justificaciones que el órgano de contratación ofrezca en su informe al recurso. Y ello porque, entre otros motivos, de admitirse esta posibilidad se habría privado a los licitadores, dada las particularidades del procedimiento de tramitación del recurso especial, caracterizado por su agilidad, de poder combatir la misma. Así lo hemos sostenido en nuestra Resolución 53/2020, de 14 de febrero.

Igualmente procedería traer a colación la Resolución 91/2019, de 3 de abril, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

En consecuencia, visto el contenido de la memoria justificativa, se considera que no cumple lo dispuesto en el artículo 116.4, en cuanto no ofrece una justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación, por lo que habría que estimar este motivo del recurso(...)»”.

En la memoria justificativa de la contratación que obra en el expediente no se contiene una justificación concreta de los criterios de adjudicación elegidos, y aunque admitiéramos el alegato del órgano de contratación de que los criterios establecidos no demandan mayor concreción al evidenciar su razonabilidad y vinculación al objeto-afirmación cuestionable pues siempre habría que razonar por qué se eligen precisamente esos y no otros que igualmente pudieran determinar una adecuada selección de la oferta más ventajosa para los fines públicos-, lo cierto es que seguirían ignorándose otras circunstancias igualmente determinantes para la citada selección como la relativa a la ponderación asignada, es decir, seguiría desconociéndose por qué un determinado criterio es digno de mayor puntuación que el resto o por qué se atribuye una concreta puntuación a un determinado criterio o criterios. No es que en todos los casos haya que proceder de una determinada manera para justificar la elección, pero sí debe de quedar constancia en el expediente de por qué los criterios elegidos y, en su caso, su ponderación se consideran relevantes por el órgano de contratación para conseguir la oferta que mejor satisfaga los fines públicos perseguidos con el contrato.

Se concluye, pues, que falta en el expediente una adecuada justificación de la elección de los criterios, lo que supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 116.4 de la LCSP; sin que pueda darse por sobreentendida aquella justificación por no requerir los criterios mayor concreción, como argumenta el órgano de contratación.

b) En segundo lugar, procede abordar si el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado “valoración funcional del producto” vulnera o no lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP.

En el examen de este alegato, hemos de partir de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación y en particular, los sujetos a juicio de valor; sin olvidar que el legislador español ha positivizado estas exigencias en el nuevo texto legal con un mayor rigor y detalle que en el



derogado, consciente de la necesidad de enmarcar desde un principio el ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación en la fase de valoración de las ofertas.

Así, el artículo 145.5 apartados b) y c) de la LCSP dispone que los criterios de adjudicación *“b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

Esta previsión del nuevo texto legal incorpora el contenido del artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y está en sintonía con la reiterada doctrina de los distintos Órganos de resolución de recursos contractuales, conforme a la cual la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor precisen y detallen los aspectos sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación; de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no pueden otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada, debiendo favorecer la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

Este Tribunal se ha venido manifestando en el sentido expuesto bajo la vigencia del texto legal anterior y con la nueva LCSP. Así, en las Resoluciones 354/2019, de 24 de octubre, 192/2019, de 13 de junio, 199/2019, de 25 de junio, 8/2020, de 16 de enero, 84/2020, de 5 de marzo y 366/2020, de 29 de octubre, nos hemos referido a nuestra anterior Resolución 157/2018, de 1 de junio, donde se recogía esta doctrina del modo siguiente:

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

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

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



Queda claro, pues, que todo criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor debe precisar los aspectos evaluables y sus pautas o reglas de ponderación. En el supuesto aquí analizado el criterio de adjudicación “*valoración funcional del producto*”, ponderado con un máximo de 20 puntos, contempla los aspectos que serán evaluados con su respectiva explicación y detalle -así se describe sucintamente qué se entiende por seguridad, rentabilidad, y eficiencia o qué se valora específicamente en la calidad y en el envasado y etiquetado del producto). Asimismo, para la puntuación de las ofertas, el criterio contempla una escala de calificaciones que, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, distribuye los puntos de más a menos según la oferta sea muy adecuada, adecuada, aceptable o poco adecuada, previendo para cada calificación los elementos que se tendrán en cuenta. Así las cosas, no puede apreciarse la denunciada infracción del artículo 145.5 b) de la LCSP porque el órgano de contratación no dispone de un ámbito de decisión ilimitada para emitir su juicio técnico.

Como ya manifestó este Tribunal en su Resolución 24/2012, de 14 de marzo, siguiendo doctrina ya sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “*los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.*”

En definitiva, este Tribunal viene manteniendo, entre otras en las resoluciones que más arriba se han citado, que los criterios sujetos a juicio de valor, como el ahora examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas. Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la Resolución 139/2014, de 23 de junio, que “*(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.*”

Debe concluirse, pues, que la descripción del criterio de adjudicación impugnado no vulnera el artículo 145.5 b) de la LCSP en el sentido de otorgar al órgano de contratación un ámbito de decisión ilimitado en la valoración de las proposiciones. Cuestión distinta es que algunas de las calificaciones de la escala de puntuación establecida en el criterio puedan o no resultar adecuadas por otras razones, lo que se abordará a continuación.

Al hilo de lo anterior, BAXTER cuestiona que una oferta pueda ser calificada como “poco adecuada” si cumple el PPT o “aceptable” con 6 puntos si se limita a cumplir con dicho pliego.

Al respecto, recordemos que el PCAP establece la calificación de “poco adecuado” con hasta 5 puntos cuando “*El producto cumple las características técnicas solicitadas, pero presenta deficiencias en cuanto a Calidad, Seguridad, Rentabilidad, Eficiencia, Envasado Y Etiquetado*” y la de “aceptable” con 6 puntos cuando “*el producto cumple las características técnicas solicitadas*”.

Tal cuestión ya ha sido abordada por este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 151/2016, de 1 de julio, señalábamos que:



“No obstante lo hasta aquí expuesto, admitiendo la validez de una escala de puntuación para la valoración de las proposiciones y aceptando que se establezcan tramos o intervalos de puntos en función de unas calificaciones de las ofertas, debe darse la razón a la recurrente en su último razonamiento al señalar que resulta contrario a derecho asignar puntos (entre 5 y 8) a una oferta que se limita a cumplir los requerimientos mínimos del PPT. En tal sentido, el pliego otorga la calificación de ADECUADO <<cuando el artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y no presenta mejoras en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 5 puntos e inferior a 9 puntos.>>

El cumplimiento de los requerimientos mínimos del PPT es condición necesaria para que la oferta siga en el proceso selectivo, por lo que aquel cumplimiento obligado nunca puede ser valorado ya que es el suelo del que debe partirse en la evaluación de las ofertas. Por tanto, solo aquellas proposiciones que mejoren los requisitos mínimos fijados en la licitación y/o los aspectos técnicos definidos en el pliego para su valoración podrán recibir puntos.

(...)

En un razonamiento lógico, los requisitos técnicos mínimos de obligado cumplimiento no pueden puntuar y menos aún posibilitar valoraciones distintas de las ofertas, sin que el hecho de establecer umbrales mínimos para continuar en el proceso selectivo pueda alterar esta conclusión”.

Así, en pura lógica, una proposición que se limite a cumplir el PPT y no presente mejora alguna seguirá en el proceso selectivo, pero no recibirá puntuación alguna en aquellos criterios que -como el aquí analizado- valoran determinadas mejoras partiendo del cumplimiento del mínimo exigido en los pliegos de la contratación. En cambio, la redacción del PCAP en este aspecto permite que el mero cumplimiento del PPT suponga de partida la obtención de 6 puntos.

Alega el órgano de contratación que con su proceder no se infringe ninguna norma jurídica, lo que tampoco es cierto porque sí se alteran las reglas básicas de puntuación de las ofertas y cada vez que la LCSP establece porcentajes en las puntuaciones de las proposiciones (v.g. artículos 145 apartados 4 y 7) y 146.3), dichos porcentajes se verían, en esencia, alterados con el sistema de puntuación que sigue el pliego de asignar valor al mero cumplimiento de los mínimos técnicos exigidos en la licitación.

Partiendo de lo anterior, menos lógica tiene aún que una oferta técnicamente defectuosa según el juicio técnico de un órgano especializado pueda recibir la calificación de poco adecuada y recibir hasta cinco puntos. Lo razonable es que en este caso el producto sea rechazado por incumplimiento de los pliegos. Así, pues, deben existir otros modos de conseguir el objetivo que persigue el órgano de contratación en el proceso de valoración sin alterar las reglas básicas de ponderación de las proposiciones. Es por ello, que el criterio de adjudicación impugnado debe ser parcialmente anulado, solo en lo que afecta a los dos parámetros analizados de la escala de puntuaciones.

c) Por último, BAXTER alega que el criterio de adjudicación “grado de eficiencia” no guarda vinculación con el objeto del contrato y que toma en consideración aspectos que ya han sido objeto de ponderación como el precio y la valoración funcional del producto.

Pues bien, aunque la vinculación del criterio al objeto del contrato en los términos del artículo 145.6 de la LCSP no debe albergar duda para la recurrente -que no ha impugnado por tal motivo los otros dos criterios que sirven de base para su aplicación-, el alegato sí debe prosperar en lo relativo a que el criterio vuelve a valorar aspectos



que ya han sido objeto de ponderación como son el precio y la valoración funcional del producto. Es más, si nos atenemos a la descripción del criterio, el grado de eficiencia se define como el resultado de dividir la puntuación obtenida en la valoración funcional entre el precio ofertado, lo que necesariamente se traduce en una mayor preponderancia del criterio sujeto a juicio de valor que la que teóricamente le asigna el PCAP al establecer su ponderación.

Así, a modo de ejemplo, en la hipótesis de dos ofertas con el mismo precio, tendrá más grado de eficiencia la que haya obtenido más puntuación en el criterio “valoración funcional del producto”, desvirtuándose de alguna manera el peso global de este criterio (20 puntos) que viene, en la práctica, a ser mayor.

En cualquier caso, parece claro que los criterios de adjudicación deben ponderar distintos aspectos de las proposiciones y que una misma cualidad de la oferta no puede ser valorada dos veces como si se tratara de aspectos diferentes de la misma. Si como dice el órgano de contratación en su informe al recurso *“será el más eficiente el producto más económico pero con la mayor valoración técnica”*, la conclusión es que en la evaluación de dicho producto el mismo ya habrá obtenido la mejor puntuación en los criterios relativos al precio y a la valoración funcional, por lo que otorgarle también la mejor puntuación en el criterio “grado de eficiencia” supone inevitablemente volver a asignarle una mayor puntuación por aspectos que ya han sido valorados.

Procede, pues, estimar este alegato de la recurrente y anular el criterio de adjudicación “grado de eficiencia”.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el alegato de vulneración del artículo 146.3 de la LCSP en lo que respecta al umbral mínimo de puntuación.

BAXTER sostiene que el Anexo I del PCAP establece un umbral mínimo de 6 puntos sobre los 20 que como máximo se asignan al criterio de adjudicación “valoración funcional”; si bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 146.3 de la LCSP -que prevé un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos-, el citado umbral debería alcanzar 25 puntos si se consideran criterios cualitativos la valoración funcional y el grado de eficiencia o, al menos, 10 puntos si solo se considera como tal la valoración funcional del producto.

Frente a este alegato opone el órgano de contratación que no resulta de aplicación a la licitación el artículo 146.3 de la LCSP, al tratarse de un procedimiento abierto en el que existe una sola fase con dos momentos de valoración diferenciados: el de los criterios sujetos a juicio de valor y el de los criterios de evaluación automática.

Pues bien, también este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión. El artículo 146.3 de la LCSP dispone que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”*.

En diversos recursos especiales interpuestos ante este Órgano se ha planteado si tal precepto es de aplicación al procedimiento abierto. La doctrina del Tribunal ha quedado establecida en dos resoluciones (191/2019, de 13 de junio y 216/2020, de 26 de junio) que se apoyan en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018 (Montte, C-546/16). Dicha doctrina puede resumirse del modo siguiente:

1. El artículo 146.3 de la LCSP no es de aplicación obligatoria en el procedimiento abierto por el hecho de que en el mismo existan dos momentos diferenciados en la valoración de las ofertas (criterios sujetos a juicio de valor y criterios de evaluación automática), momentos que no pueden equipararse sin más al concepto de fases utilizado



por el precepto. Es decir, en el procedimiento abierto se puede perfectamente prescindir del establecimiento de umbrales en la valoración de los criterios técnicos y ello por cuanto dicha valoración no supone una fase obligada que haya que superar para poder pasar a la evaluación de las ofertas con arreglo a criterios de carácter económico.

2. No es obligatorio pero sí posible el establecimiento de fases en el procedimiento abierto, de modo que las proposiciones que no alcancen un umbral mínimo en la evaluación de los criterios técnicos queden excluidas de la licitación y por ende, de evaluación posterior. Llegados a este punto, el umbral mínimo conforme a la legislación actual es el recogido en el artículo 146.3 de la LCSP (50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos).

Al respecto, la única novedad de la LCSP respecto al texto normativo anterior (artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) es el establecimiento del porcentaje mínimo del umbral en un 50%. La fijación legal de este último se produjo en la fase de tramitación parlamentaria del proyecto de ley, a raíz de una enmienda del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana al artículo 145.8 párrafo segundo del proyecto de ley (actualmente artículo 146.3 de la LCSP) cuya justificación, según consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados (Serie A Núm. 2-2 de 16 de marzo de 2017), está en *“Exigir a los licitadores un umbral mínimo de calidad en los criterios cualitativos, de manera que si un licitador no alcanza el 50% de la puntuación, es decir, «no alcanza el aprobado», quede excluido del proceso”*.

Aplicada la doctrina expuesta al supuesto aquí enjuiciado, hemos de concluir que el órgano de contratación sí ha establecido dos fases en esta licitación al prever un umbral mínimo de 6 puntos en el criterio de carácter técnico denominado “valoración funcional del producto”, pues es necesario superar dicho umbral para continuar en el proceso selectivo y que la oferta pueda ser evaluada con arreglo a los otros dos criterios de carácter automático. Siendo ello así y aplicando el umbral mínimo establecido en el precepto legal (50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos) resulta que, solamente considerando como criterio cualitativo la valoración funcional del producto que está ponderada con un máximo de 20 puntos, el 50% de dicha puntuación es 10 y no los 6 puntos que se establecen en el pliego.

Se concluye, pues, que el umbral mínimo establecido en el Anexo I del PCAP no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 146.3 de la LCSP

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el alegato de vulneración del artículo 102 de la LCSP por inexistencia de precio cierto.

La recurrente esgrime que, conforme al PCAP, el contrato licitado es un suministro de tracto sucesivo de los previstos en el artículo 16.3 a) de la LCSP; donde el precio de los bienes se ha establecido por precios unitarios que incluyen los conceptos de fabricación, logística, distribución, gastos generales, administración y beneficio empresarial (según lo indicado en el apartado 9.2.3 del cuadro resumen del PCAP). En tal sentido, BAXTER señala que podría parecer que el objeto del contrato se limita a la mera adquisición de bienes, pero lo cierto es que el PPT incorpora prestaciones adicionales como la cesión de uso sin repercusión económica de monitores de hemodiálisis, el mantenimiento de los mismos, la implementación de sistemas informáticos y la instalación de centrales automáticas de concentrado de ácido, sin que ello acreciente el precio unitario.

A juicio de BAXTER, ello supone vulneración del artículo 102 de la LCSP conforme al cual *“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente*



ejecutada y de acuerdo con lo pactado (...)” e invoca en apoyo de su alegato varias resoluciones de este Tribunal y de otro Órganos de resolución de recursos contractuales.

Frente al alegato se alza el órgano de contratación esgrimiendo, en síntesis, que se ha realizado un estudio detallado de costes directamente vinculados a la prestación *“y en el entorno del coste tenido en cuenta para los productos objeto de facturación están contemplados los relativos al equipamiento preciso que se requiere”*.

Pues bien, para abordar la cuestión suscitada, ha de partirse del contenido de los pliegos que se indica a continuación:

1. Cláusula 9.2.3 del cuadro resumen del PCAP que, bajo el título *“Resumen de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación del precio unitario”*, establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“Atendiendo al bien que se licita, la fijación del precio unitario del mismo, se ha realizado en base a la información económica disponible en el sistema de información SIGLO, lo que permite determinar que se trata de un precio de mercado, en la medida en que responde a precios ofertados por los operadores económicos en procesos de compra realizados en diversos órganos de contratación de esta Administración Sanitaria.

El hecho de tratarse de un contrato de suministro, en el detalle del precio unitario de mercado están incluidos los conceptos tendentes a su fabricación, logística, distribución, gastos generales, administración así como beneficio empresarial, cuyo desglose porcentual, en tipología de coste aplicable, no es posible realizar porque dicho extremo, depende del lote, de las distintas ofertas según el lugar de fabricación del producto, atendiendo a si los licitadores son fabricantes, comercializadores, productores de la materia prima, volumen de ventas que tengan, etc. (...)”.

2. Apartado 2.1 del PPT que, bajo el título *“Cesión de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y mantenimiento gratuito de los mismo”*, señala que:

“El presente expediente conlleva la cesión de uso del equipamiento necesario para la utilización del material suministrado, haciendo constar expresamente que el coste de dicha cesión así como el mantenimiento integral del mismo, se encuentra repercutido en el coste del material específico que es objeto del presente contrato.

La oferta deberá contemplar la cesión de los equipos a los que van asociados los productos afectados y que son necesarios para su uso, según se detalla a continuación (...)”.

Así, en el citado apartado del PPT, se prevé lo siguiente:

- Agrupación 1 (lotes 1 a 10): cesión sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud de 20 monitores de hemodiálisis.
- Agrupación 2 (lotes 11 a 18): cesión sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud de 32 monitores de hemodiálisis e implantación de un sistema de información donde el mantenimiento del software y hardware ofertado, así como el suministro de las actualizaciones del software serán sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud.
- Agrupación 3 (lotes 19 a 22): cesión sin coste para el Servicio Andaluz de Salud de 7 monitores de hemodiálisis.
- Agrupación 4 (lotes 23 a 26): instalación de dos centrales automática de concentrado ácido que permita el almacenamiento y distribución del concentrado ácido.



3. Apartado 2.1.6 del PPT en cuanto dispone que *“Las empresas adjudicatarias realizarán a su cargo, sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud, el mantenimiento integral de los equipos cedidos, de modo que los mismos se encuentren en todo momento en perfecto estado de uso, así como la renovación tecnológica durante toda la vigencia del contrato”*.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, con arreglo al apartado 1.1.3 del PCAP, es objeto de la presente licitación el acuerdo marco con una única empresa para el suministro de tracto sucesivo y precio unitario al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.3 a) de la LCS; y, asimismo, es objeto del acuerdo marco, conforme a los apartados 5.1 del cuadro resumen del PCAP y 1.1 del PPT, el *“suministro de material específico de nefrología con cesión de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento gratuito de los mismos con destino al Hospital Universitario Regional, Hospital Universitario Virgen de la Victoria y Área de Gestión Sanitaria Serranía y centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”*.

Por último, hay que precisar que el apartado 9.2 del cuadro resumen establece el precio unitario por lote de cada uno de los bienes que han de suministrarse y el Anexo VII del PCAP, bajo el título “oferta económica”, prevé que esta se haga sobre precios unitarios. Ello tiene razón de ser en esta modalidad de suministro donde el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la entidad contratante.

Expuesto el anterior contenido de los pliegos que resulta necesario para solventar la controversia, nos encontramos con que el acuerdo marco se adjudica atendiendo a un precio unitario máximo establecido para cada lote. Dicho precio unitario, conforme al apartado 9.2.3 del cuadro resumen del PCAP, incluye los conceptos tendentes a su fabricación, logística, distribución, gastos generales, administración así como beneficio empresarial.

No obstante, existen otras prestaciones asociadas al suministro y vinculadas necesariamente al mismo -como la cesión de equipos y su mantenimiento- que, pese a establecerse en el apartado 2.1 del PPT que se hallan repercutidas en el coste del material específico que se suministra, del tenor de otras cláusulas del PPT ya mencionadas en la presente resolución y fundamentalmente atendiendo al apartado del cuadro resumen del PCAP relativo al precio del contrato, resulta que son *“sin coste alguno”* para el Servicio Andaluz de Salud y no aparecen reflejadas en los conceptos que integran el precio unitario máximo de cada uno de los bienes conforme al citado apartado 9.2.3 del cuadro resumen.

No se discute la vinculación y necesidad de que tales prestaciones vayan asociadas al suministro de los bienes, pero sí que estas deba asumirlas el contratista sin coste alguno para la Administración contratante.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, manifiesta que *“en el entorno del coste tenido en cuenta para los productos objeto de facturación están contemplados los relativos al equipamiento preciso que se requiere”*, pero no es esto lo que se desprende de la generalidad del contenido de los pliegos, los cuales imponen al adjudicatario la cesión y mantenimiento de determinado equipamiento sin contrapartida económica alguna -ni específica, ni repercutida en el precio unitario a través de un determinado porcentaje-.

Así las cosas, los pliegos infringen lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSP, apartados 1 *“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada (...)”* y 3 *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo*



cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación”; por cuanto se impone al contratista la cesión y mantenimiento gratuitos de un número no desdeñable de monitores de hemodiálisis y alguna otra prestación sin contraprestación por parte del órgano de contratación, lo que supone a todas luces que el importe o precio del contrato no ha sido correctamente estimado.

Cuestión similar a la aquí resuelta ya ha sido abordada por este Tribunal en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, donde señalábamos lo siguiente:

«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».



De igual modo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 33/2015, de 25 de febrero, afirmaba que *“Los contratos públicos son contratos onerosos, es decir, la entrega de un suministro tiene como contrapartida un precio. No se puede pretender ni imponer al contratista la realización de prestaciones o entregas gratuitas. La obligación de que el contrato tenga un precio cierto que responda al precio de mercado que se establece en el artículo 87 del TRLCSP invalida la obligación que se impone a los suministradores de fungibles de ceder un equipamiento consistente en centrifugas, congeladores y otro equipamiento necesario para la fase pre analítica del laboratorio.”*.

Por cuanto se ha argumentado, el motivo debe ser estimado.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre el alegato de vulneración del artículo 100 de la LCSP por incorrecta determinación del presupuesto base de licitación.

La recurrente esgrime infracción del citado precepto legal en cuanto dispone que *“los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación”*.

En tal sentido, manifiesta que el apartado 9.2.3 del cuadro resumen del PCAP incorpora una justificación del importe de licitación y el desglose de costes incluyendo los de fabricación, logística y distribución, entre otros; pero no los costes de las prestaciones adicionales los cuales no parece que hayan sido considerados en la determinación del presupuesto máximo de licitación. Concluye, pues, que *“es preciso realizar una estimación correcta del presupuesto de licitación, incluyendo el importe y/o coste de todas y cada una de las prestaciones técnicas exigidas en el PPT, no bastando con el mero desglose de costes para considerar cumplida la exigencia del artículo 100 de la LCSP, sino que es necesaria su justificación. No constando en la licitación justificación alguna del cálculo realizado por el órgano de contratación a la hora de determinar el presupuesto de licitación, contraviene lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP, debiendo, por tanto, anularse la licitación”*.

Frente a tal alegato el órgano de contratación no opone argumentos específicos, quizás porque el motivo del recurso expuesto en este fundamento de derecho es de alguna manera reiteración del analizado en el anterior fundamento.

En efecto, BAXTER vuelve a incidir en que las prestaciones adicionales del PPT ya referidas no han sido consideradas en la determinación del presupuesto de base de licitación, sin que baste el mero desglose de costes para considerar cumplida la exigencia de artículo 100 de la LCSP.

Pues bien, partiendo de que las citadas prestaciones adicionales se han previsto en los pliegos sin coste para el órgano de contratación, su cuantificación tampoco se ha podido tener en cuenta a la hora de determinar el presupuesto base de licitación. En cualquier caso, nos remitimos al análisis de esta cuestión realizado en el anterior fundamento de derecho.

Con base en todas las consideraciones realizadas a lo largo de esta resolución, el recurso debe ser parcialmente estimado, procediendo anular el contenido de los pliegos que se ha estimado contrario a derecho, lo que lleva consigo la propia anulación de aquellos y demás documentos contractuales, incluidos aquellos otros actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L** contra los pliegos que rigen el “Acuerdo marco para el suministro de material específico de nefrología con cesión de uso del equipamiento necesario para la utilización del material objeto del contrato y el mantenimiento gratuito de los mismos con destino al Hospital Universitario Regional de Málaga, Hospital Universitario Virgen de la Victoria, Área de Gestión Sanitaria Serranía y centros sanitarios de la provincia de Málaga” convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000072/2021) y en consecuencia, anular dichos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 29 de abril de 2021.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

