Recurso 98/2023
Resolución 155/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 10 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON S.A.** contra los pliegos y demás documentación que rigen el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo marco con una única empresa, por lotes y agrupaciones de lotes, por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como mantenimiento de sil y equipos, para la realización de determinaciones analíticas en los laboratorios de los centros vinculados a la central provincial de compras de Jaén, mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas» (Expte. 0000591/2022), respecto de las agrupaciones 35, 36, 37, 38, 41 y 51 y de los lotes 340, 341, 343, 344 y 346, convocado por el Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de enero de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 43.847.552,02 euros, según consta en el anuncio de licitación. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos en el citado perfil de contratante a disposición de las personas interesadas dicho día 27 de enero de 2023.

Posteriormente, en lo que aquí interesa, en el mencionado perfil de contratante aparecen las publicaciones de los siguientes documentos: el 6 de febrero de 2023 el denominado “anexo lotes”, el 7 de febrero de 2023 el llamado “anexo B PPT”, el 8 de febrero de 2023 el designado como “resolución rectificación error material” y el 15 de febrero de 2023 el nombrado como “resolución error material 2”.

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

SEGUNDO. El 17 de febrero de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BECTON DICKINSON S.A. (en adelante la recurrente) contra los pliegos y demás documentación que rigen el procedimiento de licitación del acuerdo marco arriba referenciado. En el escrito de recurso se insta la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 20 de febrero de 2023, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 23 de febrero de 2023.

Con fecha 24 de febrero de 2023, este Tribunal mediante Resolución MC. 29/2023 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente, en la que además se suspende el plazo de presentación de ofertas.

Por último, la Secretaría del Tribunal el 6 de febrero de 2022 concedió un plazo de 5 días hábiles a la entidad RAL TÉCNICA PARA EL LABORATORIO S.A., única licitadora que había presentado proposición antes de la suspensión del plazo de presentación de ofertas, para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

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.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que no consta que la misma haya presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, afirma la recurrente que sus derechos o intereses legítimos resultan afectados por las decisiones y acuerdos objeto de este recurso. En todo caso, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando entre otras cuestiones que el presupuesto base de licitación no se ajusta a los precios de mercado, ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra los pliegos y demás documentación en un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la

condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.a) de la LCSP.

Al respecto, afirma el órgano de contratación que el recurso se dirige formalmente contra la memoria justificativa del expediente de contratación, de fecha 28 de diciembre de 2022 y contra los pliegos reguladores del contrato. Asimismo, tras citar parte de la Resolución 497/2022, de 18 de octubre, de este Órgano, en la que se pone de manifiesto que los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial, salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos al ser éstos impugnables, señala que de acuerdo con lo anterior, sólo haciendo una interpretación muy extensiva puede entenderse que existe conexión entre la memoria justificativa y alguna de las cláusulas de los pliegos, por lo que entiende que debe declararse la inadmisión del recurso respecto de dicho acto.

Pues bien, con independencia de que pueda entenderse que el recurso formalmente se plantea contra la memoria justificativa, lo cierto es que en el presente caso sin ser exhaustivos determinadas partes de dicha memoria, se reproducen casi literalmente en los pliegos y algunas cuestiones en más de una ocasión, sirva como ejemplo las referencias a los criterios de adjudicación, a la determinación del precio del acuerdo marco, a los parámetros objetivos que permitan determinar las ofertas incursas inicialmente en baja anormal o desproporcionada y a la solvencia económica y financiera y técnica. En definitiva, es inequívoca la conexión de la memoria justificativa con varias de las cláusulas de los pliegos.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil del contratante el 27 de enero de 2023, por lo que el recurso presentado el 17 de febrero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos y demás documentación que rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo acuerde:

«I.- Que se declaren nulos, se anulen, o se revoquen y, en todo caso, se dejen sin efecto, el PCAP, el PPT, el cuadro resumen y demás documentos del expediente AM 591/2022 "Acuerdo marco (...)", por las causas indicadas en el cuerpo de este escrito. Concretamente, en lo que se refiere a las agrupaciones 35, 36, 37, 38, 41 y 51 y los lotes 340, 341, 343, 344 y 346.».

En esencia, los argumentos en los que se basa la recurrente son los siguientes: i) los precios de licitación no son adecuados a los de mercado; ii) no se ha fijado un precio cierto y determinado para algunas de las prestaciones; iii) incorrecta determinación de los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal; iv) las resoluciones de rectificación de errores materiales de los pliegos, de 8 de enero y 14 de febrero de 2023, suponen una modificación de los mismos ya que cambian su configuración; v) se incluye en el

pliego de prescripciones técnicas (PPT) un criterio de adjudicación que debe figurar en todo caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP); vi) la obligación de establecer un depósito asistencial es indeterminada; y vii) la obligación de que en el caso de rotura de stock en las empresas adjudicatarias deban asumir el gasto que pueda producir el envío de las determinaciones a laboratorios externos es totalmente abusiva y contraria al correcto equilibrio de prestaciones.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

i) Sobre que los precios de licitación no son adecuados a los de mercado. Indica el informe al recurso que se han establecido unos precios de licitación que eran adecuados a los generales del mercado en el momento del inicio de la preparación del expediente, como lo son ahora una vez publicada la licitación; prueba de ello es el análisis comparativo que se refleja en las tablas que figuran en el anexo I de este informe al recurso (apoyado en los documentos que se adjuntan a dicho informe, extraídos de la aplicación SIGLO©) del que resulta que aquellos precios son iguales o superiores a los abonados por el Servicio Andaluz de Salud (SAS) en el último trimestre del año 2022 en el que se preparó el procedimiento; si hay alguna baja, es prácticamente inapreciable. Asimismo, señala que en dicho análisis se han tomado como referencia las compras realizadas mediante contrato menor, que se efectúan a un precio superior del que resulta de los procedimientos en los que se promueve la concurrencia, precios aquellos que incluyen todos los costes asociados al suministro.

ii) Sobre que no se ha fijado un precio cierto y determinado para algunas de las prestaciones. Señala el informe al recurso que el acuerdo marco sí tiene un precio cierto y las licitadoras conocen todos los componentes del mismo, así como el importe de los gastos asociados al suministro, que están detallados en el anexo C del cuadro resumen del PCAP, que, ni en su redacción original ni en la definitiva resultante de la rectificación de errores acordada en la resolución de 8 de febrero de 2023, imputa gasto alguno a las agrupaciones de lotes y a lotes independientes que son objeto del recurso, por lo que hay que concluir que, al menos, en lo que a esta pretensión atañe, la recurrente carece de legitimación activa en los lotes y agrupaciones de aquellos que son objeto de impugnación, dado que en los mismos no se contempla asignación de costes de SIL, producción de agua, microinformática y hardware.

Respecto de los elementos y prestaciones recogidos en las cláusulas 2 y 3.1 del PPT, el informe al recurso reproduce en parte según su entender la importante Resolución 84/2019, de 1 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sobre una licitación con un objeto similar a la de la que se examina. En ella, y en lo que aquí concierne se indica que *«En el presente caso, el órgano de contratación ha fijado el precio de este contrato de suministro teniendo en cuenta "los fijados por los propios fabricantes, los cuales subsumen en el mismo las otras prestaciones consustanciales y accesorias".*
Por tanto, no se estima la pretensión del recurrente de que el órgano de contratación haya omitido en su cálculo alguno de los costes que denuncia.».

Tras lo cual señala el informe al recurso que dicho Tribunal admite que dentro de los precios fijados por los operadores económicos se incluyan, como aquí ocurre, las prestaciones consustanciales y accesorias. En este sentido, dicho informe al recurso reproduce algunos párrafos contenidos en el PCAP de la licitación que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analizó y aceptó en la mencionada Resolución 84/2019, de 1 de febrero, tales como que *«Si bien el contrato está compuesto por varias prestaciones, la práctica habitual de este sector incluye dentro del precio ofrecido por el suministro las restantes prestaciones por lo que se han calculado todas de manera conjunta (…)»*, por otro lado, que *«En la práctica habitual del mercado el suministro de reactivos se contempla con un "llave en mano" el proveedor dentro del precio del reactivo contempla, en un proceso único tanto el suministro como la cesión del equipo, su mantenimiento y actualización en su caso*

(…)» y finalmente, que *«La compra del suministro es la prestación principal ya que lo que se pretende con el contrato es la adquisición de los reactivos para poder realizar las determinaciones analíticas, siendo las demás prestaciones consustanciales y accesorias para alcanzar dicha finalidad. Los precios tomados en consideración para el cálculo son los fijados por los propios fabricantes, los cuales subsumen en el mismo las otras prestaciones accesorias por lo que no es susceptible de desglose en costes directos e indirectos.»*.

iii) Sobre la incorrecta determinación de los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal. Señala el informe al recurso, tras reproducir parte de las dos primeras conclusiones del informe 119/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que en el presente caso se ha entendido que solo el criterio económico es el relevante para determinar la viabilidad de la oferta de la entidad licitadora en su conjunto, por considerar que el resto de criterios establecidos en el PCAP no influyen en aquélla.

Asimismo, indica que cabe decir, siguiendo el criterio establecido por este Tribunal en su Resolución 50/2016, de 10 de marzo, que *«(…) el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal de mercado»*, por lo que de acuerdo con ello, no le basta a la recurrente con hacer la genérica alegación de que la fijación del umbral mínimo por referencia al precio unitario de licitación restringe la competencia, debe acreditar que dicho umbral no se corresponde con el precio normal de mercado, cosa en modo alguno ha hecho en el presente recurso.

Por último, afirma que además la recurrente carece de legitimación activa para ejercer la presente pretensión impugnatoria, porque la definición de aquél ni le produce de modo inmediato un efecto positivo (beneficio), ni le evita un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. Al efecto manifiesta remitirse expresamente a la doctrina expuesta anteriormente sobre la legitimación activa.

iv) Sobre que las resoluciones de rectificación de errores materiales de los pliegos, de 8 de enero de 2023 y 14 de febrero de 2023, suponen una modificación de los mismos ya que cambian su configuración. Afirma que este motivo de impugnación debe ser analizado y dilucidado a la vista del criterio mantenido por el Tribunal en su Resolución 497/2022, de 18 de octubre, en la que de acuerdo con la misma, con independencia del alcance la modificación, dado que se ha publicado antes de la finalización del plazo de presentación y se ha ampliado éste (hasta el día 6 de marzo de 2023), permitiendo a las personas interesadas formular proposición en plazo, con pleno conocimiento de las condiciones que rigen el contrato, puede concluirse que no se ha vulnerado el tratamiento igualatorio y no discriminatorio que impone el artículo 132 de la LCSP, por lo que el motivo debe ser desestimado.

v) Sobre la inclusión en el PPT de un criterio de adjudicación que debe figurar en todo caso en el PCAP. Señala el informe al recurso que la recurrente se refiere a la cláusula 2.5 del PPT, de acuerdo con la cual en los centros “H3” se valorará la oferta de un equipamiento duplicado superior en número y prestaciones al mínimo establecido en el PPT, para garantizar una atención 7x24 horas en todos los centros de la provincia para los parámetros críticos, cláusula que a juicio del informe al recurso no introduce criterio de adjudicación alguno, dado que éstos son exclusivamente los establecidos en el anexo A del cuadro resumen del PCAP y solo con arreglo a ellos podrá valorarse las distintas ofertas presentadas, por lo que la cláusula impugnada es una mera declaración de intenciones, sin efectos prácticos, porque realmente, la duplicidad a la que alude el recurso no puede realmente ser valorada en ninguno de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, siendo, como dispone la cláusula 1.1.5 del PCAP, su regulación siempre prevalente sobre lo que se establezca en el PPT.

vi) Sobre que la obligación de establecer un depósito asistencial es indeterminada. Afirma el informe al recurso que esta obligación ha sido incluida en el PPT por la facultad que le otorga el artículo 34 de la LCSP, de acuerdo

con el cual, podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, lo que no ocurre en el presente supuesto, en el que la empresa recurrente no ha acreditado cómo la misma contraría al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

vii) Sobre la obligación de que en el caso de rotura de stock en las empresas adjudicatarias deban asumir el gasto que pueda producir el envío de las determinaciones a laboratorios externos es totalmente abusiva y contraria al correcto equilibrio de prestaciones. Señala el informe al recurso al igual que en el caso anterior la facultad que le otorga el artículo 34 de la LCSP, para el establecimiento de la obligación de que en caso de rotura de stock la adjudicataria debe asumir el gasto que pueda producir el envío de las determinaciones a laboratorios externos. Asimismo indica que no entiende como la recurrente, actuando en contra de sus propios actos, considera ahora nulo lo que antes reputó como ajustado a derecho, al no impugnar y presentar oferta a una licitación del año anterior en la provincia de Almería, en la que se recogía una cláusula similar a la que ahora cuestiona.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre que los precios de licitación no son adecuados a los de mercado.

La recurrente cita y reproduce en parte o en su totalidad, los artículos 100.2 y 102.1 de la LCSP, la página 4 de la memoria justificativa, la cláusula 3.2 de PCAP, el apartado 9.2.3. del cuadro resumen del PCAP, la Recomendación 2/1997, de 6 de mayo y el informe 19/1997, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, la Resolución 117/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Canarias y determinada documentación de una licitación del mismo órgano de contratación efectuado en el año 2015 con número de expediente 562/2015, afirmando que la Administración utiliza para el cálculo del presupuesto de la presente licitación los precios fijados en los contratos suscritos en el año 2015 como consecuencia del procedimiento de licitación "P.A. 562/2015", esto es, está utilizando en su cálculo precios de hace 8 años, no quedando por tanto debidamente motivado en el expediente que los precios de licitación sean adecuados a los precios de mercado, ya que la propia justificación contenida en la memoria decae en el momento en que se comprueba, con la documentación aportada en el recurso, que los precios unitarios utilizados en este expediente del año 2023 son idénticos a los del expediente del año 2015, sin ser actualizados con carácter general con el índice de precios al consumo (IPC), a lo que habría de sumarse la convulsa situación vivida en la economía mundial en los últimos tres años, debido a situaciones como la pandemia mundial de Covid-19 o la guerra de Ucrania, que han tenido una incidencia directa en los costes de materias primas, transporte y energía.

Pues bien, como se ha expuesto, parte la recurrente de una premisa, esto es que los precios de la presente licitación en algunos casos son equivalentes a los que se contenían en el expediente del año 2015, y en otros casos se ha tomado el importe de adjudicación de esa misma licitación del 2015, no existiendo a su entender, en modo alguno, y contrariamente a lo que dice la memoria justificativa, incremento del IPC. Al respecto, la recurrente reproduce el siguiente párrafo de la memoria justificativa: «*se licita al precio al que actualmente se está comprando incrementado en el porcentaje que representa el IPC respecto de la anterior licitación*», contenido en un inciso relativo a la anormalidad o desproporcionalidad de las ofertas y dentro de un párrafo cuyo tenor es el siguiente:

«*En la determinación del precio del Acuerdo marco se ha atendido al análisis de los consumos agrupados de los distintos centros, durante los doce meses previos a la propuesta de inicio de licitación, y a los últimos precios de compra de los bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS. Teniendo en cuenta que el contrato tiene por objeto la adquisición de reactivos, material fungible, cesión de equipamiento, así como su mantenimiento para la realización de determinaciones analíticas consideradas como el*

resultado de un parámetro obtenido por la interacción de los elementos anteriormente descritos y necesarios para el análisis de la muestra. Respecto de la oferta económica se considera que debe establecerse un límite para considerarla desproporcionada pues se licita al precio al que actualmente se está comprando incrementado en el porcentaje que representa el IPC respecto de la anterior licitación, no habiendo encontrado ofertas por debajo del 15% del precio de licitación por lo que de acuerdo con el art. 102.3 de la LCSP, la oferta podría ser desproporcionada teniendo en cuenta los costes de producción y beneficio industrial de los artículos objeto de la licitación. Para llegar a esa estimación se han consultado tanto los antecedentes obrantes en esta Administración como la aplicación del Banco de España, referente a los costes de producción, en la siguiente dirección electrónica: http://app.bde.es/rss_www/Ratios.».

A juicio de este Órgano, el párrafo anterior aborda fundamentalmente dos cuestiones, la primera la determinación del precio y la segunda la de los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal o desproporcionada, en donde se incardina, en este último, el texto reproducido por la recurrente en el que se basa para afirmar que el órgano de contratación parte de los precios de la licitación del año 2015.

No obstante, este Tribunal entiende que para la determinación del precio ha de estarse al primer inciso del anterior párrafo reproducido de la memoria justificativa, donde queda claro que en cuanto al consumo se han analizado los agrupados de los distintos centros, durante los doce meses previos a la propuesta de inicio de licitación, y con cuanto a los precios de la presente licitación , que es lo que aquí se discute, se ha atendido *«a los últimos precios de compra de los bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS»*, siendo evidente que según se expone en la memoria justificativa se han tomado los últimos precios de adquisición teniendo en cuenta la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS, donde los potenciales licitadores de dicho organismo inscriben sus productos así como el precio que entienden que ha de pagarse por ellos.

En ese sentido, se pronuncia asimismo la cláusula 3.2 del PCAP, como se reproduce en el recurso, relativa al precio de los suministros, en la que se señala que *«para la elaboración del presupuesto se ha atendido a los últimos precios de compra de los bienes a adquirir»*, y en el apartado 9.2.3. del cuadro resumen del PCAP que indica que *«Para la elaboración del presupuesto de este contrato se ha atendido al análisis de los consumos agrupados de los centros, durante los doce meses previos a la propuesta de inicio de licitación, y a los precios de compra de los bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS»*.

En definitiva, respecto de la determinación del presupuesto base de licitación, de lo expuesto en la memoria justificativa, en la cláusula 3.2 del PCAP y en el apartado 9.2.3. del cuadro resumen del PCAP, en los términos analizados, no es posible inferir como pretende la recurrente que el órgano de contratación se ha basado en los precios del expediente del año 2015, ni que aquella adolezca de falta de motivación.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre que no se ha fijado un precio cierto y determinado para algunas de las prestaciones.

En el recurso se cita y reproduce en su totalidad o en parte, los artículos 100.2, 102.1 y 300.1 de la LCSP, las cláusulas 2 y 3 del PPT, las Resoluciones 48/2016 de 25 de febrero, 463/2021, de 11 de noviembre y 312/2022, de

10 de junio, de este Tribunal, y la 33/2015, de 25 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el apartado 9.2.3. del cuadro resumen del PCAP, indicándose que en las citadas cláusulas del PPT se exigen una serie de elementos y prestaciones, que se identifican en el escrito de impugnación, cuyo coste será por cuenta de las entidades adjudicatarias, sin que en ningún punto de los pliegos se cuantifica el valor de las mismas, ni se establezca para ellas una contrapartida específica, ni se detalla el método utilizado para su valoración, siendo dicha información totalmente desconocida para las licitadoras.

Asimismo, señala el recurso que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, se debe indicar que el apartado 9.2.3. del cuadro resumen del PCAP, también vulnera lo establecido en los citados artículos de la LCSP en la medida en la que se cumple con la valoración de la cesión del equipamiento, el mantenimiento de SIL y el mantenimiento de los equipos de una manera meramente formal, con la única intención de aparentar que se cumple con lo exigido en la LCSP; en cambio, en ningún caso se puede entender esas escuetas justificaciones como suficientes para realizar una oferta adecuada en una licitación que cuenta con nada más y nada menos que 502 lotes, dado que los diferentes costes de cesión de equipo y de mantenimiento pueden variar ostensiblemente, por lo que el órgano de contratación debió realizar una justificación lote por lote y caso por caso.

Pues bien, en cuanto a la primera cuestión, la recurrente indica que los elementos y prestaciones recogidos en ambas cláusulas del PPT no están valoradas en el presupuesto base de licitación. Así, señala que en su cláusula 2 -características del suministro- se contempla el suministro a cargo de la entidad adjudicataria de una serie de elementos como calibradores y controles de calidad internos y externos (cláusula 2.1), equipos necesarios para el tratamiento y acondicionamiento del agua necesaria para el funcionamiento de los equipos (cláusula 2.7) y la instalación y el mantenimiento de las UPS que garanticen el suministro continuo de electricidad (cláusula 2.8).

Asimismo, en la cláusula 3 del PPT -condiciones generales-, indica la recurrente que se establecen una serie de elementos como el mantenimiento del SIL, microinformática y hardware, producción y tratamiento de aguas, etc., cuyo coste será a cargo de la persona adjudicataria en determinados lotes y agrupaciones de ellos, según se especifica en el anexo C del cuadro resumen del PCAP.

Por su parte, en la cláusula 3.1 -reactivos, controles y calibradores- señala la recurrente que: i) la empresa adjudicataria se compromete a suministrar los calibradores necesarios para la calibración de las técnicas de acuerdo con los programas de calibración recomendado por los fabricantes, ii) la empresa adjudicataria se compromete a suministrar, sin coste, los controles necesarios para cumplir con los programas de calidad analítica de los laboratorios en los que se realicen las determinaciones objeto del contrato y iii) la puesta en marcha de las determinaciones del objeto del contrato irá precedida de un periodo de verificación que garantice el correcto funcionamiento de las mismas, tomándose como referencia la “EP10 del CLSI”, siendo a cargo de la empresa adjudicataria los consumos de reactivos, controles, calibradores y otros elementos necesarios (formación del personal, la interconexión con otros sistemas analíticos o el sistema informático del laboratorio, etc.) para dicha verificación.

Al respecto, conforme a la cláusula 1 del PPT el objeto del contrato es la adquisición del suministro de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de las determinaciones analíticas indicadas en las agrupaciones y lotes que se relacionan en el anexo A del PPT, a realizar en los laboratorios clínicos de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud de la provincia de Jaén. A título de ejemplo, en el lote 1 de la agrupación 1 la determinación analítica es “Treponema pallidum, Ac (cuantificación)-GC” y para el lote 8 de dicha agrupación es “Albúmina-GC ”.

Así las cosas, el objeto del contrato son todos aquellos suministros y servicios necesarios para poder realizar todas y cada una de las determinaciones analíticas previstas en el mencionado anexo A del PPT, de tal suerte que todos los suministros y servicios han de formar parte del presupuesto base de licitación de cada una de las citadas determinaciones, cuyo importe total por unidad de analítica figura asimismo en el citado anexo A; en el caso de las determinaciones analíticas de los lotes 1 y 8 de la agrupación 1, expuestas como ejemplo en el párrafo anterior, el precio unitario, impuesto sobre el valor añadido excluido (IVA), es de 0,994403 euros y 0,057709 euros, respectivamente.

Procede, pues, analizar las cláusulas de los pliegos relativas al presupuesto base de licitación. Al respecto, en el PCAP, en esencia se recoge en la cláusula 3.2 como precios de los suministros y en el apartado 9.2.3. del cuadro resumen del PCAP. En la citada cláusula 3.2, nada se expresa respecto al contenido del presupuesto base de licitación en lo que aquí interesa, salvo la remisión al citado apartado 9.2.3. del cuadro resumen que textualmente señala lo siguiente:

«9.2.3. Resumen de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación del precio unitario:

Para la elaboración del presupuesto de este contrato se ha atendido al análisis de los consumos agrupados de los centros, durante los doce meses previos a la propuesta de inicio de licitación, y a los precios de compra de los bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS.

Así en el presupuesto para esta contratación se deberán diferenciar tres clases de presupuesto en función de los elementos que necesitan las distintas determinaciones analíticas a licitar, indicándose a continuación la estimación porcentual de las prestaciones que interactúan:

a) Lotes y agrupaciones de lotes, que requieren el suministro de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento, así como mantenimiento de SIL y equipos:
60% suministro de reactivos y material fungible,
15% cesión de equipamiento,
15% mantenimiento de SIL,
10% mantenimiento de equipos.

b) Lotes y agrupaciones de lotes, que precisan el suministro de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento, así como mantenimiento:
70% suministro de reactivos y material fungible,
20% cesión de equipamiento,
10% mantenimiento de equipos.

c) Lotes y agrupaciones de lotes que solo necesitan suministro de reactivos:
100% suministro de reactivos.».

Asimismo, ha de tenerse en cuenta el anexo C al cuadro resumen del PCAP, en donde se indica el desglose del valor estimado del contrato para los costes del mantenimiento del SIL, de la microinformática y hardware y de la producción y tratamiento de agua, para aquellas agrupaciones y lotes en que sean necesarios dichos servicios, constándose que las recurridas en el recurso no se encuentran entre ellas, careciendo por tanto dicha entidad de

legitimación para cuestionar los citados servicios, pues ninguno de ellos forma parte de las agrupaciones y lotes que se recurren.

También ha de tenerse en cuenta lo indicado en la cláusula 5, denominada pruebas analíticas, donde se recogen las prescripciones técnicas específicas para cada una de las agrupaciones y lotes que se licitan. En este sentido, las agrupaciones recurridas son las siguientes: 35 (medios de cultivo), 36 (medios de cultivo cromógeno), 37 (medios de cultivo microbacterias), 38 (medios de transporte), 41 (generadores de atmósfera) y 51 (sistemas de obtención de especímenes), los lotes son el 340 (sistemas para recogida y transporte de muestras biológicas en medio líquido p/sembradores automáticos-GC), 341 (medios de cultivo en frasco/vial para hemocultivos-GC), 343 (sistemas de id bacteriana espectrometría de masas), 344 (sistemas de id y sensibilidad por panel) y 346 (discos para estudio de sensibilidad antibiótica – GC).

En el PPT, la cláusula 2 -características del suministro- se indica respecto de lo denunciado por la recurrente lo siguiente:

«Para satisfacer la realización de las mencionadas determinaciones analíticas los adjudicatarios del expediente estarán obligados a:

1. Suministrar los reactivos, calibradores, controles de calidad (internos y externos), material auxiliar específico (soluciones de lavado, soluciones de reacción, pipetas, etc.,) necesario para la realización de las determinaciones analíticas especificadas en el Anexo A del presente PPT, así como el equipamiento y gestión necesario para su almacenamiento.
(…)
7. Instalar y mantener íntegramente los equipos necesarios para el tratamiento y acondicionamiento del agua necesaria para el funcionamiento de los equipos.
8. Instalar y mantener las UPS que garantice el suministro continuo de electricidad.».

Asimismo, en la cláusula 3.1 del PPT -reactivos, controles, calibradores- se señala en cuanto a lo alegado en el recurso lo siguiente:

«(…) La empresa adjudicataria se compromete a suministrar los calibradores necesarios para la calibración de las técnicas de acuerdo con los programas de calibración recomendado por los fabricantes.
(…)
La empresa adjudicataria se compromete a suministrar, sin coste, los controles necesarios para cumplir con los programas de calidad analítica de los laboratorios en los que se realicen las determinaciones objeto del contrato.
(…)
La puesta en marcha de las determinaciones del objeto del contrato ira precedida de un periodo de verificación que garantice el correcto funcionamiento de las mismas. Para este periodo de verificación se tomará como referencia la EP10 del CLSI. Durante ese tiempo irán a cargo de la empresa adjudicataria los consumos de reactivos, controles, calibradores y otros elementos necesarios (formación del personal, la interconexión con otros sistemas analíticos o el Sistema Informático del Laboratorio, etc.) para dicha verificación.
(...)».

Pues bien, inadmitidas las alegaciones de la recurrente respecto de los costes del mantenimiento del SIL, de la microinformática y hardware y de la producción y tratamiento de agua, en los términos expuestos ut supra, resta por analizar si los elementos y prestaciones recogidos en las cláusulas 2.1, 2.7, 2.8 y 3.1 del PPT, denunciados en el recurso, han de ser valoradas y recogidas en el presupuesto base de licitación, como se afirma por la

recurrente, o por el contrario, como defiende el informe al recurso aun cuando utilizando expresiones contenidas en la mencionada Resolución 89/2019, de 1 de febrero, la compra del suministro es la prestación principal ya que lo que se pretende con el contrato es la adquisición de los reactivos para poder realizar las determinaciones analíticas, siendo las demás prestaciones consustanciales y accesorias para alcanzar dicha finalidad.

Sobre ello, en primer lugar, se ha poner de manifiesto que este Tribunal se ha pronunciado sobre lo que aquí se analiza en varias de sus resoluciones, entre otras, en las alegadas por la recurrente. Así, en orden cronológico, en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, este Órgano señalaba que:

«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.».

Por su parte, en su Resolución 463/2021, de 11 de noviembre, este Tribunal indicaba que:

«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.
(…)
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 (...); 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.».

También este Órgano, en su Resolución 312/2022, de 10 de junio, afirmaba que:

«En definitiva, no es posible conocer si el precio unitario máximo por lote es adecuado a los precios de mercado, pues el mismo no solo comprende el material fungible específico de cada lote, sino también las prestaciones antes señaladas que, dado su carácter necesario y su directa vinculación al suministro licitado, han de tener un reflejo económico expreso en la fijación de aquel precio unitario, sin que baste la mera indicación de que el coste está incluido, cuando dicho extremo no está acreditado.
En tal sentido, se ha pronunciado previamente este Tribunal en su Resolución 96/2022, de 4 de febrero, donde indicábamos en un asunto similar que "la necesidad de desglose devendría igualmente necesaria desde otra perspectiva adicional. Téngase en cuenta que el precio se ha determinado por precios unitarios (apartado G del cuadro resumen del PCAP); en concreto, el apartado 12 del PPT señala un precio unitario por sesión de hemodiálisis de 43 euros, e indica que «El coste de todo el material accesorio, la cesión de equipamiento, y servicios accesorios, así como el suministro de materiales, servicios, equipo e instrumental, accesorio o auxiliar necesario para la utilización de los artículos, formará parte del precio por sesión ofertado». Resulta, pues, que el precio unitario es, teóricamente, el resultado de la suma una serie de costes, pero se echa absolutamente en falta la más mínima mención en los pliegos sobre el porcentaje o proporción de cada uno de ellos en la determinación de aquel precio unitario. Se desconoce, pues, cómo se llega a esa cuantía de 43 euros por sesión de hemodiálisis y si este importe resulta adecuado y es comprensivo de los costes de todas las prestaciones que lo determinan".
Debe, pues, estimarse el motivo en el sentido expuesto.».

Pues bien, de lo expuesto y en lo que aquí interesa, podemos afirmar que las agrupaciones y lotes denunciadas por la recurrente, podrían incardinarse dentro del tipo de presupuesto previstos en el epígrafe b) del apartado 9.2.2 del cuadro resumen del PCAP, esto es aquellos supuestos de lotes y agrupaciones de ellos que precisan el suministro de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento, así como su mantenimiento, cuyo desglose en porcentaje respecto del presupuesto base de licitación representa el 70% (suministro de reactivos y material fungible), 20% (cesión de equipamiento) y 10% (mantenimiento de equipos).

En este sentido, las agrupaciones y lotes que precisen para su ejecución de reactivos, material fungible, cesión de equipamiento y mantenimiento de los equipos, se incluyen y se valoran en su presupuesto base de licitación las prestaciones necesarias para su ejecución, por lo que ningún reproche se le ha de hacer a su configuración.

Al respecto, no es posible dar la razón a la recurrente cuando indica que la valoración de la cesión y el mantenimiento previsto en el citado apartado 9.2.2 del cuadro resumen del PCAP es meramente formal, sin justificación suficiente para realizar una oferta adecuada en una licitación que cuenta con 502 lotes, dado que los diferentes costes de cesión de equipo y de mantenimiento pueden variar ostensiblemente, por lo que el órgano de contratación debió realizar una justificación lote por lote y caso por caso; y ello por cuanto, por un lado, la imputación de dichos costes se hace de manera estimada, por otro lado, el recurso a pesar de dirigirse contra las agrupaciones 35, 36, 37, 38, 41 y 51 y de lotes 340, 341, 343, 344 y 346, para apoyar su argumentación extiende su comparación a toda la licitación, y por último, la recurrente se limita a afirmar que dichos costes pueden variar ostensiblemente unos de otros, pero en ningún momento, aunque sea a título de ejemplo, indica en las agrupaciones y lotes que recurre a cuánto ascenderían a su entender dichos costes.

En definitiva, dentro del presupuesto base de licitación de las agrupaciones y lotes denunciadas por la recurrente, se retribuyen las prestaciones necesarias para su ejecución, en los términos recogidos en el apartado 9.2.2 del cuadro resumen del PCAP, sin que se haya acreditado en el recurso que los elementos y prestaciones recogidas en las cláusulas 2.1, 2.7, 2.8 y 3.1 del PPT, no formen parte de los necesarios para la cesión de equipos y su mantenimiento.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal sobre la incorrecta determinación de los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Primera. Señala la recurrente, en primer lugar, que la baja anormal o desproporcionada se realiza únicamente sobre la oferta económica y no sobre la oferta en su conjunto, ya que no se tienen en cuenta otros criterios cualitativos muy significativos y relevantes, lo cual vulnera el artículo 149.2 de la LCSP. Para reforzar su alegato trae a colación y reproduce en parte la Resolución 497/2022, de 18 de octubre, de ese Tribunal, para concluir que en el presente caso, existen dos criterios técnicos cualitativos muy relevantes, uno con una ponderación del 30% y el otro del 20%, que no han sido tenidos en cuenta a la hora de fijar los parámetros de anormalidad.

Por su parte, el informe al recurso indica que en el presente caso se ha entendido que sólo el criterio económico es el relevante para determinar la viabilidad de la oferta de la entidad licitadora en su conjunto, por considerar que el resto de los criterios establecidos en el PCAP no influyen en aquélla.

Pues bien, sobre el particular se ha pronunciado este Tribunal en varias de sus resoluciones, entre ellas en las números 1/2020, de 10 de enero, 97/2021, de 18 de marzo, 66/2022, de 28 de enero, 497/2022, de 18 de octubre y 568/2022, de 2 de diciembre. En concreto, en la Resolución 497/2022, de 18 de octubre, citada por la recurrente, en la consideración tercera de su fundamento sexto, se afirmaba lo siguiente:

> «3. Sobre la incorrecta determinación de los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja.
>
> Como se ha expuesto, en esencia, el recurso cuestiona que en la determinación de las ofertas anormales únicamente pueda tomarse en consideración el criterio económico, dado que los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja deben estar referido a la oferta considerada en su conjunto.
>
> Pues bien, el anexo XI del PCAP relativo a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, establece en lo que aquí concierne que *«A efectos de considerar una oferta anormal o desproporcionada respecto de las proposiciones presentadas por las distintas personas licitadoras se atenderá a lo establecido en los artículos 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.»*.
>
> Al respecto, el citado artículo 85 utiliza como parámetro de anormalidad solo la oferta económica y el 86 está referido a la valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, pero asimismo referida únicamente a la oferta económica.
>
> Asimismo, el artículo 149.2 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que *«La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*
> *La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:*

a) (…)
b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".

Como se ha expuesto, la recurrente impugna los parámetros del anexo XII del PCAP por considerar que no van referidos al conjunto de la oferta, es decir al resto de criterios de adjudicación además del precio. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el legislador contractual no obliga a contemplar todos los criterios de adjudicación a la hora de fijar en los pliegos los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas.

Como señala el Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: *«el análisis del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación para fijar los parámetros objetivos mencionados requiere tener en consideración también lo dispuesto por la LCSP respecto a la utilización en los procedimientos de adjudicación de más de un criterio de adjudicación, marco en el cual hay que incardinar la regulación de las ofertas anormalmente bajas y su finalidad específica, que es la de asegurarse de que los potenciales contratistas puedan cumplir con lo estipulado en el contrato.*

En este sentido, siguiendo las pautas de la Directiva 2014/2004/UE (artículo 67 y considerandos 89 a 92), la nueva LCSP explicita el criterio de la mejor calidad-precio como elemento que determina cuál es la oferta económica más ventajosa, fomentando una mayor orientación hacia la calidad en la contratación pública. Con esta finalidad, el artículo 145 de la LCSP establece la regla general según la cual "La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio", precisando en su apartado 2 que "La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos", detallando a continuación los requisitos de los criterios cualitativos y el contenido de los mismos.

Bajo estas premisas, es claro que en los procedimientos en los que se utilice más de un criterio de adjudicación y se tomen en consideración criterios cualitativos como los enumerados en el artículo 145.2 de la LCSP, la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos será identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato. Desde esta perspectiva parece razonable pensar que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos de forma que, por ejemplo, a mayor calidad el parámetro objetivo para presumir la temeridad de la oferta desde el punto de vista económico sea mayor.

En conclusión, el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja. Tales parámetros han de hacer referencia a uno o a varios de los criterios económicos y cualitativos que se utilicen como criterios de adjudicación, seleccionando aquellos que sean más apropiados a estos efectos y sin que sea necesario que sean todos, pues pueden existir determinados criterios de selección que sean irrelevantes a estos efectos.».

En definitiva, cuando el legislador se refiere a parámetros referidos a la *«oferta considerada en su conjunto»* está contemplando la posibilidad de atender para su fijación a otros criterios de adjudicación, aparte del tradicional del precio, sobre todo en aquellos casos en que la calidad, a través de los criterios cualitativos, cobre especial relevancia en la selección de la oferta.

Pues bien, esto es lo que ocurre en el supuesto aquí examinado, donde el criterio denominado *«Criterios relacionados directamente con la calidad del servicio (max. 52 puntos)»*, valora los siguientes aspectos: i) formación sobre alergias e intolerancias alimentarias (max. 10 puntos); ii) formación sobre primeros auxilios (max. 10 puntos); iii) formación sobre nutrición orientada a la alimentación de los niños y jóvenes (max. 10 puntos); iv) elaboración de una guía de practicas correctas de higiene, hábitos y habilidades en el comedor escolar (max. 12 puntos); y v) programación de actividades que permitan aumentar el desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables (max. 10 puntos).

En efecto, en el supuesto analizado, el 52 por 100 de los criterios de adjudicación del contrato están relacionados con la calidad intrínseca de las prestación, de tal forma que como se ha expuesto al ser la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato, es necesario que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el tercero de los motivos del recurso.».

Al respecto, en el supuesto aquí analizado el apartado 14 del cuadro resumen del PCAP se remite a su anexo A, en el que se señalan además del precio los criterios de adjudicación siguientes:

Aquellos de cuantificación se realiza por la mera aplicación de fórmulas, con un peso del 30%:
- Características de los reactivos: i) presentación y sencillez de uso; ii) condiciones de conservación; iii) realización de las calibraciones.
- Garantía de la calidad analítica: i) disponibilidad de programas de intercomparación; ii) facilidad de uso del material de control; iii) presentación de los materiales de control; iv) suministro de un programa de controles interno/externo adicional.
- Seguridad e impacto ambiental: i) caracterización de los residuos; ii) nivel de ruido.
- Consumos: i) consumo eléctrico; ii) consumo de agua.
- Renovación tecnológica.
- Plan de formación y mantenimientos: i) plan de formación; ii) plan de seguimiento de incidencias.

Los que su cuantificación depende de un juicio de valor, con un peso del 20%:

- Calidad de la solución propuesta: i) calidad y adecuación de la solución.

Así las cosas, como queda reflejado, en el supuesto analizado, el 50% de los criterios de adjudicación del contrato están relacionados con la calidad intrínseca de las prestación, esto es con la adquisición del suministro de

reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de las determinaciones analíticas indicadas en las agrupaciones y lotes que se relacionan en el anexo A del PPT, a realizar en los laboratorios clínicos de los centros sanitarios del SAS de la provincia de Jaén que en dicho pliego se detallan, de tal forma que como se ha reseñado al ser la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato, es necesario que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos, circunstancia que no concurre en el supuesto analizado, en el que de conformidad con lo previsto en el apartado 14.2 del cuadro resumen del PCAP, el único parámetro objetivo de anormalidad es el precio *«Se considerarán desproporcionadas aquellas ofertas cuyo precio unitario supere el 15% de bajada respecto del precio unitario de licitación.»*.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la primera parte del tercer motivo del recurso.

Segunda. En segundo lugar, afirma la recurrente que la baja se calcula sobre el precio unitario de licitación, lo cual también vulnera la normativa. En este sentido, indica el recurso que el PCAP considera desproporcionada la oferta que supere el 15% de baja respecto del presupuesto de licitación, dado que la fijación de la baja en base al precio de licitación, y no en base a las ofertas de otros licitadores, resulta absolutamente improcedente, ya que permite conocer a priori cual es la baja anormal y restringe la competencia. Para reforzar su alegato trae a colación y reproduce el apartado 10 «*Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas*» de la Guía sobre contratación pública y competencia, de febrero del año 2011, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por su parte, el informe al recurso hace referencia a la Resolución 50/2016, de 10 de marzo, de este Tribunal, que señala que el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal de mercado.

Pues bien, sobre el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 50/2016, de 10 de marzo y 76/2016, de 6 abril. En la primera de ellas, esto es en la 50/2016, de 10 de marzo, alegada por el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí concierne se indicaba en su fundamento quinto lo siguiente:

> «Vistas las alegaciones de las partes procede analizar este primer motivo del recurso. Sobre el particular, es necesario destacar que, en materia de contratación, ni la normativa comunitaria ni la nacional establecen que la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación sea contrario a derecho. Inclusive, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, de aplicación en ese ámbito autonómico, admite de forma expresa esa posibilidad en su artículo 91.2 en ausencia de regulación en la documentación del contrato al señalar que "*Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato*".
>
> Sin embargo, tanto las juntas consultivas de contratación como los órganos de recursos contractuales, con carácter general, no son partidarios de la posibilidad de establecer un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado expresaba en la consideración jurídica tercera de su informe 34/1999, de 12 de noviembre, que "*(…) la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso.*
Resulta así que una oferta estará incursa en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones, (…). La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores y el resultado que se obtenga en orden a la existencia o no de presunción de temeridad ha de ser independiente de la circunstancia del cumplimiento o incumplimiento del tan citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad". Asimismo, la citada Junta insistía en lo anterior en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, en el que se remitía al citado 34/1999.

Más recientemente, la Abogacía del Estado en su informe 12/2009, de 27 de marzo, sobre cláusula de un pliego que establece un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación, establecía las siguientes conclusiones: "*Primera. No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, aplique un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación.*
Segunda. Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente: a) El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. b) Diferentes instancias comunitarias han cuestionado la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea. c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado. d) El cálculo de umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso (y no con un porcentaje fijo predeterminado) proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas."

Por su parte, los órganos de recursos contractuales también se han pronunciado en el sentido de no admitir la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación. Así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 241/2014, de 20 de marzo, con cita de sus resoluciones 42/2013, de 23 de enero y 32/2014, de 17 de enero, señalaba que «*el establecer un umbral de temeridad referido al precio de licitación o que resulta muy bajo respecto a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las "ofertas con valores anormales o desproporcionados".*
En efecto, si la función de dicha figura es el establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las "ofertas temerarias"-, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como "anormalmente bajas" o "temerarias".
Como ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia, entre los aspectos que se recomienda evitar en los pliegos se encuentra la utilización de sistemas que señalen con carácter previo el "umbral máximo de competencia", es decir, el nivel a

partir del cual se considerará desproporcionada una oferta, porque "la revelación de esta información puede restringir severamente la competencia".»

A la misma conclusión llegó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su resolución 80/2014, de 18 de agosto, que anuló una cláusula del PCAP que fijaba el umbral de anormalidad o desproporción en un porcentaje de baja superior al 10 por 100 del presupuesto base de licitación. En ella señalaba con base en el informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que concluía respecto al artículo 152 del TRLCSP lo siguiente: "*Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada*".

Prosigue la citada resolución 80/2014 matizando la conclusión a la que había llegado la Junta Consultiva de Aragón señalando que "*Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.*
(…)
En consecuencia, debe admitirse la pretensión del recurrente de anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, y que en el punto 16 de la carátula el umbral de temeridad está expresado en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación."

Por último, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la que hace referencia la citada resolución 241/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la propia recurrente, señala en su punto 10 que "*Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el "umbral máximo de competencia", esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los "umbrales de temeridad" de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. (…).*".

En definitiva, y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, es contrario a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales. Sin embargo, hay que tener en cuenta como ha puesto de manifiesto el citado informe 12/2009, de 27 de marzo, de la Abogacía del Estado, que la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada "*tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado*" por tanto "*no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado*". Así sigue señalando el citado informe "*La citada sentencia del caso Lombardini-Mantovani declaró que «el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas» (apartado 35 de la sentencia). Por ello, podría ser contraria al principio de concurrencia la cláusula de un pliego que, al fijar la temeridad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, obstaculizara la presentación de ofertas más competitivas.*
Es decir, si el porcentaje fijo elegido por el órgano de contratación no se correspondiera con los precios de mercado (que deberían ser, en todo caso, los del mercado comunitario), podría cuestionarse la legalidad del pliego: Dicho pliego podría vulnerar el principio de concurrencia al obstaculizar la admisión de ofertas que, de acuerdo con el mercado, no deberían ser calificadas como anormales (y, por tanto, deberían ser admitidas a la licitación sin necesidad de que los licitadores las justifiquen). Por ello, el empleo de este tipo de cláusulas presenta también riesgos desde el punto de vista de seguridad jurídica (que se impugne el pliego por inadecuación del porcentaje elegido).
Por el contrario, la fijación del umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso proporciona un criterio objetivo para sostener que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas."

Por tanto, podemos concluir que el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal del mercado.

En este sentido se ha manifestado la resolución 10/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, alegada por la recurrente, que señala que "*De acuerdo con ello y admitiendo la veracidad de los datos alegados por el Ayuntamiento en cuanto al cálculo de los costes, la concreción de un umbral objetivo de temeridad en un porcentaje del 10% sobre el tipo de licitación no supondría restricción a la libre competencia, ya que se correspondería con el precio normal de mercado de los servicios objeto de contratación y su empleo en el pliego puede admitirse, al estar en consonancia con los parámetros de anormalidad o desproporción referidos a los precios normales de mercado. Por ello, procede desestimar este motivo del recurso.*"

Cabe, pues, examinar las circunstancias que concurren en el presente supuesto. Al respecto, el órgano de contratación en su informe señala que la decisión de establecer dicho límite en relación al presupuesto de licitación en lugar de referenciarlo al conjunto de ofertas presentadas se fundamenta en la estructura de costes en que incurren los contratistas en la prestación del servicio objeto de licitación, con un elevado peso de los gastos de personal, los cuales vienen determinados por la aplicación del convenio colectivo nacional del sector de "contact center" y el hecho de que en

el sector de actividad propia del objeto del contrato operan tanto empresas que cuentan con la calificación de centro especial de empleo, con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social, como otras que no cuentan con dicha calificación, por lo que, dado el elevado peso de los costes de personal en la estructura de costes del servicio, un parámetro basado en las proposiciones económicas que se presenten no es una referencia útil como umbral objetivo para identificar propuestas susceptibles de ser consideradas, en su caso, anormales o desproporcionadas, ya que estará sujeta a una gran variabilidad en función del conjunto de propuestas de licitadores -centros especiales de empleo y no centros especiales de empleo- en la conformación de dicha referencia.

Así, alega el órgano de contratación, conforme a la estructura de costes del servicio estimada sobre la base del convenio colectivo aplicable en cuanto a retribuciones y jornada laboral del personal, y los parámetros de tiempos de disponibilidad en puestos de operación y tiempos de ocupación propios de la actividad en base a históricos, del total de costes directos los de personal representan el 88,4 por 100, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social sin tener en cuenta bonificaciones, costes directos a los que añadiendo costes indirectos y beneficio de un 14 y 6 por 100, respectivamente, resulta el precio por unidad de servicio establecido como presupuesto de licitación de 0,525 euros por cita gestionada (según consta en el PCAP).

La aplicación a los indicados costes de personal -a juicio del órgano de contratación- de bonificaciones del 90 por 100 en las cotizaciones a la Seguridad Social para el total de la plantilla de operación supone una reducción del 22 por 100 en los gastos de personal de operación por reducción de las cotizaciones a cargo de la empresa y, por tanto, de un 20 por 100 del precio de la cita gestionada, siendo éste el umbral de anormalidad o desproporción establecido en el pliego.

Atendiendo a que dentro de las prestaciones a contratar el coste de la mano de obra es fundamental y aceptando que los cálculos de los costes alegados por el órgano de contratación en su informe al recurso se han realizado con rigor, el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción del 20 por 100 del precio de licitación en este supuesto no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, al corresponderse dicho umbral con el precio normal del mercado, conforme a la justificación aportada por el órgano de contratación.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores y atendiendo a las circunstancias de este caso concreto, procede desestimar este primer motivo del recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de advertirse que el cálculo del umbral de anormalidad o desproporción en función de las ofertas presentadas a cada licitación proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.».

Asimismo, en la citada Resolución 76/2016, de 6 abril, este Tribunal tras reproducir al igual que aquí casi en su totalidad el fundamento quinto de la 50/2016, de 10 de marzo, señalaba que:

«Cabe, pues, examinar las circunstancias que concurren en el presente supuesto. Al respecto, el órgano de contratación en su informe señala que el establecimiento de un valor de baja máxima del

15% sobre el precio de licitación como valor anormal o desproporcionado, en el momento de elaboración de los pliegos, lo considera como un parámetro objetivo que contempla la situación del mercado y la práctica comercial en este tipo de servicios por debajo del cual no podría realizarse en condiciones de seguridad jurídica en todos los aspectos y con la calidad que se requiere ofrecer con este tipo de prestación. Afirma que ello es así, porque en meses precedentes a la presente licitación se viene realizando este servicio por varias empresas, en tanto se determine un adjudicatario definitivo del presente contrato, lo que ha permitido conocer el mercado y establecer un criterio razonado.

Señala el órgano de contratación que tal y como se ha establecido en la presente licitación, el cálculo de las horas de prestación de este servicio para 7 puestos, es de 21.572 horas, según consta en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) por lo que se establece un precio de 10,74 euros/hora sin IVA, precio que es de mercado y que volvemos a reiterar es fruto de la misma práctica. No se comprende por ello muy bien la situación que plantea la recurrente -en concreto HERITAGE-, que ya prestó este servicio por contratación menor, y que lo facturó a algo más de 12 euros/hora sin IVA, no estando en lo cierto cuando asevera la falta de informes o estudios previos a la evaluación del precio establecido para este contrato de servicios.

Así, sigue manifestando el órgano de contratación, conviene señalar que el presupuesto base de licitación de 231.765,29 euros con una baja del 15% asciende a la cantidad de 197.000,50 euros, siempre IVA excluido, que a distribuir en las horas estipuladas de trabajo, viene a suponer unos 9 euros/hora, cifra por debajo de la cual, en este tipo de servicios que tiene la peculiaridad de que el elemento personal es fundamental en su prestación, aceptar ofertas sin previa justificación podría producir para la Administración unos efectos en el mercado laboral que no son los deseables, salvo los casos de algunas empresas que por tener determinados beneficios fiscales y de seguridad social, podrían optar sin riesgo empresarial.

Concluye el órgano de contratación que considera que está suficientemente justificado el establecimiento del 15% de dicho limite y, por otra parte, el establecimiento del mismo en nada impide que las empresas que así lo consideren presenten sus propuestas económicas por debajo de dicho porcentaje, pues en el periodo de alegaciones tendrán la oportunidad de demostrar justificadamente la razón de su propuesta.

Atendiendo a que dentro de las prestaciones a contratar el coste de la mano de obra es fundamental y aceptando que los cálculos de los costes y el conocimiento del mercado alegados por el órgano de contratación en su informe al recurso se han realizado con rigor, el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción del 15 por 100 del precio de licitación en este supuesto no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, al corresponderse dicho umbral con el precio normal del mercado, conforme a la justificación aportada por el órgano de contratación.».

De lo expuesto se infieren, en lo que aquí concierne, las siguientes indicaciones:

- La fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, siendo además contraria a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales.

- El establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal del mercado, siempre que el órgano de contratación en los pliegos lo justifique de forma motivada y adecuada.

- En los dos supuestos analizados en las citadas Resoluciones 50/2016 y 76/2016, se trataba de prestaciones en las que el coste de la mano de obra es fundamental, incluso en el primer caso representa el 88,4% del total, siendo además en la mayoría de los supuestos conocidos por aplicación de los respectivos convenios colectivos y, en su caso, del salario mínimo interprofesional. Asimismo, en los supuestos examinados en dichas resoluciones, el cálculo de los costes, incluido los de personal, se han realizado con rigor y, por último, dado el tipo de prestación se justifica un alto conocimiento del mercado. Estas circunstancias son consustanciales a los contratos de servicios en los que, entre otros costes, el de la mano de obra suele suponer una parte importante de la prestación y además en la mayoría de los casos conocido por mor de la aplicación de los respectivos convenios colectivos.

- El conocimiento de los costes en los contratos de suministro es más difuso, dada la existencia en la mayoría de los casos de varias entidades fabricantes, así como de la presencia de empresas comercializadoras con distintos márgenes y acuerdos que dificultan, sino imposibilitan, normalmente el conocimiento suficiente de los precios de mercado.

En el supuesto que se examina, respecto de los parámetros objetivos de anormalidad, en la memoria justificativa se indica que *«Respecto de la oferta económica se considera que debe establecerse un límite para considerarla desproporcionada pues se licita al precio al que actualmente se está comprando incrementado en el porcentaje que representa el IPC respecto de la anterior licitación, no habiendo encontrado ofertas por debajo del 15% del precio de licitación por lo que de acuerdo con el art. 102.3 de la LCSP, la oferta podría ser desproporcionada teniendo en cuenta los costes de producción y beneficio industrial de los artículos objeto de la licitación. Para llegar a esa estimación se han consultado tanto los antecedentes obrantes en esta Administración como la aplicación del Banco de España, referente a los costes de producción, en la siguiente dirección electrónica: (...)»*.

A juicio, de este Tribunal, la justificación del órgano de contratación para establecer un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación, aun cuando no la realiza en los pliegos, no es suficiente para justificar que tiene un conocimiento del precio normal del mercado, sin que sea suficiente con basarse en el que se está actualmente adquiriendo incrementado con determinado índice de precios al consumo, pues ello no enerva la incertidumbre propia del importe de la adquisición de un producto fabricado, ni incluso con la realización de consultas preliminares se podría tener la certeza de saber con la suficiente exactitud el precio normal del mercado.

En definitiva, siendo la regla general que la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación, como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, la justificación que se aporte por parte del órgano de contratación para su excepción ha de ser interpretada de forma restrictiva, y solo en aquellos casos en los que se demuestre un conocimiento del precio de mercado de la licitación que se promueve, se puede aceptar el citado umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la segunda y última parte del tercer motivo del recurso.

Por último, indicar que respecto a la alegación del informe al recurso de falta de legitimación de la recurrente, ello solo es posible en relación con las agrupaciones y lotes que aquella no recurre.

NOVENO. Consideraciones del Tribunal sobre las resoluciones de rectificación de errores materiales de los pliegos, de 8 de enero de 2023 y 14 de febrero de 2023.

Indica la recurrente que dichas resoluciones suponen una modificación de los pliegos, ya que cambian la configuración de los mismos vulnerando lo establecido en los artículos 122.1, 124.1 y 136 de la LCSP. Por su parte, el órgano de contratación señala en el informe al recurso con cita en la Resolución 497/2022, de 18 de octubre, de este Tribunal, que, con independencia del alcance de la modificación, las citadas resoluciones se han publicado antes de la finalización del plazo de presentación y se ha ampliado dicho plazo hasta el día 6 de marzo de 2023, permitiendo a las personas interesadas formular su proposición en plazo, con pleno conocimiento de las condiciones que rigen el contrato.

Al respecto, con el fin de emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada se hace necesario examinar cuáles son los requisitos que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material, de hecho o aritmético (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero, 67/2019, de 14 de marzo, 144/2020, de 1 de junio, 4/2021, de 14 de enero y 497/2022, de 18 de octubre).

En dichas resoluciones se cita la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como *«un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente»*.

Asimismo, se cita la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo que establece que *«(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación»*. Debe tratarse de *«simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos»*. Debe apreciarse *«teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error»*.

Por tanto, de la doctrina y jurisprudencia expuesta se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.

Así las cosas, en la resolución de 8 de febrero de 2023, publicada en el perfil de contratante el mismo día, se realizan determinados cambios en los criterios de adjudicación, respecto a la puntuación a asignar y al umbral mínimo a superar, y en los lotes 126, 207 y 343 en el PPT, en términos generales se amplía el número de equipos a suministrar. Por su parte, en la resolución de 14 de febrero de 2023, publicada en dicho perfil de contratante el día siguiente, se efectúan cambios en ambos pliegos, entre otros, el pasar de no permitir la subcontratación a admitirla. Dichos cambios no pueden calificarse como errores materiales, de hecho, o aritméticos al no tratarse de una equivocación ostensible, manifiesta, indiscutible, evidente por sí misma sin mayores razonamientos, patente, clara y apreciable teniendo en consideración solamente la documentación obrante en el expediente.

En definitiva, la introducción de los cambios producidos en las citadas resoluciones de 8 de enero de 2023 y 14 de febrero de 2023, no podría llevarse a cabo a través de acuerdos de rectificación de errores publicados en el perfil, sino modificando ambos pliegos, previa retroacción de actuaciones en los términos establecidos en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP.

No obstante lo anterior, también es cierto que el momento procedimental en que se produce la modificación resulta de indudable importancia para determinar si, como señalan los artículos 122.1 y 124 de la LCSP, procede, en todo caso, la retroacción de actuaciones.

Ya en la Resolución 408/2015, de 4 de diciembre, confirmada en la 97/2021, 18 de marzo, ambas de este Tribunal, se señalaba que *«los errores que se intentan corregir a través de la resolución impugnada exceden del concepto estricto de error material. En particular, la modificación operada en el objeto del contrato (apartado 1, párrafo cuarto del PPT) consiste en eliminar del contenido inicial del PPT una obligación impuesta al adjudicatario respecto al equipamiento excluido del ámbito del contrato, siendo artificioso mantener que ello suponga corrección de un error y no una modificación del objeto contractual por reducción del mismo.*

Ahora bien, aun reconociendo que no estemos ante una mera rectificación y sí ante una modificación del contenido de los pliegos, no cabe olvidar que nos encontramos en la fase inicial del procedimiento, por lo que la consecuencia de advertir en los pliegos un error material o una infracción de otra naturaleza no diferirá mucho en ambos casos y consistirá en publicar la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación.». Y en sentido similar se han pronunciado otros Órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en las resoluciones 30/2014, de 17 de enero y 245/2016 de 8 de abril.

Tal es así, que la vigente LCSP, aun cuando establece en sus artículos 122.1 y 124 la retroacción de actuaciones en caso de advertirse la necesidad de modificar ambos pliegos con posterioridad a su aprobación por error no material, de hecho o aritmético, también prevé en su artículo 136.2 que *«Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124.*
En todo caso se considerará modificación significativa de los pliegos la que afecte a:
a) La clasificación requerida.
b) El importe y plazo del contrato.
c) Las obligaciones del adjudicatario.
d) Al cambio o variación del objeto del contrato.».

Tales previsiones legales nos llevan a concluir que, tratándose de modificaciones significativas del contenido de los pliegos, el momento procedimental en que se advierte la necesidad de modificar resulta determinante; así, si el plazo de presentación de ofertas ha finalizado no queda más remedio que retrotraer las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos (artículos 122.1 y 124 de la LCSP), pero si el citado plazo no ha concluido cabe su ampliación de conformidad con lo estipulado en el artículo 136.2 del citado texto legal, publicando la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación.

En el supuesto analizado, pese a tratarse de modificaciones significativas de ambos pliegos en terminología del artículo 136.2 de la LCSP y no de meros errores materiales, de hecho o aritméticos, el órgano de contratación ha

publicado la modificación del contenido de ambos pliegos en el perfil de contratante, antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones y ha ampliado el citado plazo hasta el 6 de marzo de 2023, pero solo para la resolución de 14 de febrero de 2023, sin que conste en el perfil de contratante y en la documentación remitida que ninguna de las dos resoluciones haya sido objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, por lo que la actuación del órgano de contratación no se ha ajustado a lo dispuesto en el citado precepto legal.

En definitiva, la ausencia de publicación de ambas resoluciones en el Diario Oficial de la Unión Europea, y la ampliación del plazo de presentación de ofertas solo de la resolución de 14 de febrero de 2023 ha vulnerado el tratamiento igualitario y no discriminatorio que impone a los órganos de contratación el artículo 132 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el cuarto motivo del recurso.

DÉCIMO. Consideraciones del Tribunal sobre la inclusión en el PPT de un criterio de adjudicación que debe figurar en todo caso en el PCAP.

Señala la recurrente que en la cláusula 2.5 del PPT se establece claramente un criterio de adjudicación sometido a juicio de valor, el cual no consta en el PCAP, ni en su cuadro resumen, ni en el anexo A del mismo, donde se recogen dichos criterios, siendo esta una materia que debe ser necesariamente regulada por el PCAP y sus documentos complementarios.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la cláusula 2.5 del PPT *«no introduce criterio de adjudicación alguno. Criterios de adjudicación son exclusivamente los establecidos en el Anexo A del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sólo con arreglo a ellos podrá valorarse las distintas ofertas presentadas por los licitadores. La cláusula impugnada es una mera declaración de intenciones, sin efectos prácticos, porque realmente, la duplicidad a la que alude no puede realmente ser valorada en ninguno de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP (Lo único evaluable es la versatilidad de los equipos y ésta, definida de acuerdo la RAE, como la capacidad de adaptación con facilidad y rapidez a diversas funciones, no tiene nada que ver con el número de equipos que puedan ofertarse), siendo, como dispone la cláusula 1.1.5 del PCAP, su regulación siempre prevalente sobre lo que se establezca en el PPT.»*.

Indica textualmente la citada cláusula 2.5 del PPT que *«Para los centros H3, se valorará la oferta de un equipamiento duplicado superior, en número y prestaciones al mínimo establecido en el PPT, para garantizar una atención de 7x24 h, en todos los centros de la provincia, para los parámetros críticos.»*.

Pues bien, con independencia de que la intención del órgano de contratación a la hora de redactar la mencionada cláusula no haya sido establecer un criterio de adjudicación, lo cierto es que lo ha hecho, sin que sea posible entender como afirma el informe el recuso que *«La cláusula impugnada es una mera declaración de intenciones, sin efectos prácticos, porque realmente, la duplicidad a la que alude no puede realmente ser valorada en ninguno de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP»*, dado que se trata claramente de un criterio de adjudicación, aunque incompleto al no establecer su ponderación, que además no está recogido en el anexo A del cuadro resumen del PCAP, ni contradice ni se opone a ninguno de los allí recogidos, por lo que podría crear serias dudas a las distintas entidades licitadoras que podrían optar por ofertar lo recogido en su contenido.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el quinto motivo del recurso.

En cuanto a los efectos de la estimación, indica el informe al recurso que este Tribunal limite la declaración de la nulidad exclusivamente al apartado impugnado, acordando su supresión según establece el artículo 57 de la

LCSP conservando, conforme al artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el resto de cláusulas de los pliegos, de forma que el procedimiento de licitación pueda continuar su tramitación, sin necesidad de retroacción de actuaciones o de efectuar una nueva convocatoria de la licitación. Esta cuestión no puede admitirse pues lo proscribe el último inciso del citado artículo 57 de la LCSP al disponer que *«En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.»*.

UNDÉCIMO. Consideraciones del Tribunal sobre que la obligación de establecer un depósito asistencial es indeterminada.

Indica la recurrente que la cláusula 3.2 del PPT, que reproduce y resalta su primer inciso, establece un sistema de gestión del suministro a través de un depósito asistencial claramente indeterminado y sin ninguna concreción, dado que por un lado, no se especifica cuándo se va a constituir, ni cuándo se va a realizar el suministro a demanda, solo se indica que los centros podrán establecer un sistema de suministro a demanda, y por otro lado, tampoco se establece cómo se va a regir el depósito, ni cuáles son sus reglas, ni cuáles son las obligaciones que tiene que asumir la entidad adjudicataria. A su juicio, ello supone una gran inseguridad jurídica y una grave indefensión en cuanto que la empresa adjudicataria no sabe cuáles son las obligaciones que asume con la constitución del depósito, debiendo por ello declararse nula tal obligación.

Por su parte, el informe al recurso señala amparándose en el artículo 34 de la LCSP que podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, lo que no ocurre en el presente supuesto, en el que la empresa recurrente no ha acreditado cómo la misma contraría al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

Pues bien, como se ha expuesto la recurrente reproduce la cláusula 3.2 del PPT resaltando su primer inciso para afirmar en síntesis que la misma establece un sistema gestión del suministro a través de un depósito asistencial claramente indeterminado y sin ninguna concreción. En este sentido, dicha cláusula 3.2 del PPT, denominada logística, señala textualmente lo siguiente: *«El suministro de reactivos, controles, calibradores, fungible específico y piezas de recambio para la realización de las determinaciones analíticas se gestionarán mediante un depósito asistencial. Para determinaciones de bajo volumen, a petición de los centros se podrá establecer un sistema de suministro a demanda. En este caso las empresas adjudicatarias estarán obligadas a establecer un plazo de entrega máximo para el suministro de reactivos de 3 días hábiles desde la recepción del pedido. En el caso de sobrepasar este período de tiempo, el SAS podrá imponer penalizaciones diarias a las empresas adjudicatarias, en función de la demora en días del cumplimiento del plazo de entrega establecido, conforme se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En el caso que se produzca rotura de stock en las empresas adjudicatarias, deberán comunicarlo en el plazo de entrega del suministro acordado. En todo caso, las empresas adjudicatarias deberán asumir el gasto que pueda producir a los laboratorios, el envío de las determinaciones a laboratorios externos.»*.
En efecto, como indica la recurrente, en la cláusula 3.2 del PPT se establece un sistema gestión del suministro a través de un depósito asistencial, que aun cuando recoge y concreta algunas cuestiones relativas a su funcionamiento y a las obligaciones que asume la entidad adjudicataria, lo cierto es que su regulación es parca y se hecha en falta mayor concreción y determinación de las obligaciones que ha de asumir la empresa adjudicataria.

Sin embargo, la gestión del suministro en la licitación que se examina no solo se regula en la mencionada cláusula 3.2 del PPT, sino fundamentalmente en la cláusula 10 del PCAP, denominada obligaciones específicas derivadas del objeto del acuerdo marco, que aun cuando es bastante extensa entiende este Tribunal necesaria su reproducción. Su tenor es el siguiente:

«10.1. En el apartado 22 del Cuadro Resumen se establece como obligación contractual específica en función del objeto del Acuerdo marco la gestión del PLAN LOGÍSTICO DE APROVISIONAMIENTO conforme a lo recogido en el Anexo XIV del PCAP.
En este expediente no existe un depósito ya que todo el material que se entrega (kit de reactivos) será facturado en el momento de la entrega.
Son materiales que requieren la gestión de las mercancías mediante el establecimiento de un plan logístico suscrito entre la Dirección de cada centro y la persona contratista que realizará el suministro, atendiendo a las siguientes condiciones:
1. La empresa licitadora estará obligada a integrarse dentro del Sistema de Logística del Servicio Andaluz de Salud.
2. El suministro de reactivos, controles, calibradores, material fungible específico y piezas de recambio para la realización de las determinaciones analíticas se gestionará por el contratista en mutua colaboración con la administración, mediante la constitución y el mantenimiento continuo de un stock óptimo de consumo, es decir, un nivel adecuado de existencias para atender la demanda que requiera la actividad del laboratorio, pero sin generar un exceso inapropiado.
Como regla general y para cada centro de consumo se establecerá una cantidad equivalente al consumo estimado de un mes, si bien podrá acordarse otra cantidad de existencias que se considere más adecuada en función de la capacidad logística de la empresa, el consumo del laboratorio, la presentación comercial y las condiciones de conservación del producto. Además, se deberá observar por el contratista y el responsable del laboratorio destinatario un stock de seguridad de existencias suficientes para hacer frente a un incremento puntual de la actividad del laboratorio o a un retraso en las entregas.
3. Los productos en stock serán suministrados por el contratista y almacenados en las dependencias indicadas por el centro sanitario, en cámaras o frigoríficos si fuese necesario. La empresa proveedora tendrá la obligación de gestionar la correcta reposición del stock conforme a las condiciones pactadas con el laboratorio del centro de destino.
El proveedor irá reponiendo el stock según el ritmo de consumo y conforme al acuerdo logístico alcanzado con el responsable del respectivo laboratorio en cuanto al plazo estipulado, en cualquier caso máximo de 7 días naturales desde la orden de reposición que se acuerde, horario establecido, abastecimiento de cantidades pactadas y/o programadas, así como lugar de entrega y almacenamiento de los productos, para que los centros de consumo dispongan en todo momento del material necesario para la realización de las determinaciones analíticas.
La empresa contratista se responsabilizará del transporte de los materiales garantizando su calidad en el momento de la entrega de acuerdo a las especificaciones técnicas del fabricante. En el supuesto que los productos suministrados requieran condiciones particulares de temperatura durante su transporte, la empresa adjudicataria garantizará su cumplimiento, así como la trazabilidad de los mismos.
4. Para determinaciones de bajo volumen, a petición del responsable del laboratorio, se podrá establecer un sistema de aprovisionamiento mediante los pedidos ordinarios que por la actividad del laboratorio se demanden.

La empresa adjudicataria entregará los productos demandados en un plazo máximo de 72 horas desde la emisión del correspondiente pedido emitido desde la Unidad de Compras del centro, pudiendo ser objeto de penalización por demora en el plazo de entrega conforme se establece en el PCAP.
Los pedidos calificados de urgentes se servirán dentro del plazo máximo de 24 horas.

5. Ante una rotura de stock en la empresa adjudicataria, dicha incidencia deberá ser comunicada y documentada dentro del plazo máximo de entrega del suministro acordado. En todo caso, la empresa contratista deberá asumir el gasto que pueda producir a los laboratorios el envío de las determinaciones analíticas a laboratorios externos.
6. Previo al comienzo de ejecución del contrato, se formalizará el documento "Acuerdo de logística" con los datos identificativos de la persona responsable del laboratorio del respectivo centro sanitario y la persona designada al efecto por la empresa adjudicataria responsable de la gestión del stock, en el que se establecerá el número de unidades que han de conformar la logística del stock óptimo acordado, así como el nivel de stock de seguridad necesario, el ritmo de reposición, la ubicación del almacén de consumo y el lugar de entrega habitual de la mercancía.
7. Se generarán las peticiones formales con una periodicidad a mes natural vencido, mediante la tramitación del documento "Acta de actividad" por parte de la persona responsable designada al efecto de la empresa adjudicataria, con la debida aprobación del responsable del laboratorio del centro hospitalario. Considerándose como acto formal de recepción sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 300.3 de la LCSP, en relación a la responsabilidad por parte de la Administración de la custodia de los bienes desde su entrega.

10.2. DEVOLUCIONES DE REACTIVOS:
10.2.1. Por caducidad
Los reactivos deberán contar a su recepción con una vida útil no inferior al 70% de su plazo de caducidad.
Aquellos que una vez servidos dispongan de una vida útil inferior, serán repuestos por las empresas a solicitud del personal del laboratorio.
No obstante, en el supuesto de productos especiales de corta vida útil o que por sus características particulares precisen otro periodo de validez diferente, ambas partes podrán acordar plazos de caducidad distintos.
Los reactivos devueltos serán valorados al precio fijado en cada contrato y el transporte de los mismos correrá a cargo del adjudicatario que indicará medio de transporte y transportista que hayan elegido al efecto.
10.2.2. Por problemas detectados en la recepción de los suministros.
Los adjudicatarios se harán cargo de las devoluciones de reactivos, en caso de que se rechace un suministro, por haberse detectado defectos o cualquier tipo de problemas en el transporte (rotura de la cadena de frío, pérdida de calidad, roturas, etc.).
En este caso, el adjudicatario queda obligado a reponer los reactivos objeto de devolución en un plazo máximo de 24 horas por otros con la calidad adjudicada.

10.3. SUSTITUCIONES Y BAJAS TEMPORALES DE PRODUCTOS
Durante la vigencia del contrato, los adjudicatarios están obligados a proponer sustituciones de los reactivos o material fungible adjudicado, por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente y cumplan, en su caso, con el requisito de inscripción de los mismos en el Banco de Bienes y Servicios.
Cualquier modificación de los elementos que conforman una determinación analítica, que impliquen cambios en las características de las mismas, conforme a lo dispuesto en el PPT, deberá ser informada favorablemente por la Comisión Técnica Provincial.
Dichos extremos quedarán recogidos en el acuerdo marco mediante la oportuna resolución.

Si como consecuencia de baja temporal de algún producto, éste no pudiera suministrarse, deberán realizarse las determinaciones analíticas en un laboratorio de referencia corriendo a cargo del adjudicatario los gastos que de ello pudieran derivarse.

10.4. La persona adjudicataria garantizará la constante actualización de los conocimientos técnicos del personal responsable de la gestión de los contratos basados respecto de cualquier innovación, modificación o dato de interés que resulte de la utilización de los mismos, asumiendo los gastos que de ello se deriven, durante el tiempo que el acuerdo marco esté en vigor.

10.5. La correcta asociación del producto al genérico de centro objeto de la licitación en el Catálogo de Bienes y Servicios se considera obligación esencial.».

Por su parte, en el apartado 22 del cuadro resumen del PCAP, al que remite el primer párrafo de la reproducida cláusula 10.1 de dicho pliego, indica lo siguiente:

«22. OTRAS OBLIGACIONES ESPECIFICAS: SI
En caso afirmativo, especificar:
Plan Logístico de aprovisionamiento, conforme a lo recogido en el Anexo XIV del PCAP.
Obligación esencial a efectos del artículo 211 f) de la LCSP: NO.».

Por ultimo, el anexo XIV del PCAP, al que se remite tanto el primer párrafo de la reproducida cláusula 10.1 y el apartado 22 del cuadro resumen, en ambos casos del citado pliego, vuelva a repetir en esencia la mencionada cláusula 10 del PCAP, por lo que constando dicho anexo en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se da por reproducido.

Pues bien, lo primero que ha de destacarse de la cláusula 10 y del anexo XIV, en ambos casos del PCAP, es precisamente todo lo contrario que denuncia la recurrente. En efecto, el sistema de gestión del suministro está extensamente concretado y determinadas todas y cada una de las obligaciones que ha de asumir la empresa adjudicataria, por lo que en este caso no es posible dar la razón a la recurrente.

Bien es verdad, que existe de nuevo una contradicción entre ambos pliegos, dado que en la cláusula 3.2 del PPT se establece un sistema gestión del suministro a través de un depósito asistencial, y sin embargo, el párrafo segundo de la cláusula 10.1 de PCAP aclara expresamente que «*En este expediente no existe un depósito ya que todo el material que se entrega (kit de reactivos) será facturado en el momento de la entrega*», y ello es así, a juicio de este Tribunal, pues el informe al recurso nada dice al respecto, debido a que los otrora denominados *«depósitos logísticos», «depósitos asistenciales»* e incluso *«almacenes de regulación intermedia»,* cuyo denominador común era que el momento de la entrega de los suministros se difería a un momento posterior a la efectiva puesta a disposición de los mimos a la Administración, dado que hasta la retirada del material por el personal del órgano de contratación no eran recepcionados por éste naciendo entonces su obligación de su pago, debiendo asumir mientras tanto la persona contratista los riesgos, entre otros, de perdida, deterioro o perjuicio de los bienes, modificando el régimen legal de entrega y pago de los productos objeto de suministro; estas formas de entrega y recepción merecieron el reproche de los órgano judiciales y de los de revisión de decisiones en materia contractual (v.g., entre otras, Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de marzo de 2015, apelación 512/2014 y de 2 de abril de 2019, apelación 690/2018, así como Resoluciones 72/2020, de 3 de marzo, de este Tribunal, 139/2018, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y 203/2016, de 11 de marzo y 586/2016, de 15 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En definitiva, aun cuando en la cláusula 3.2 del PPT se indica que la gestión del suministro se realizará a través de depósitos asistenciales, expresamente el párrafo segundo de la cláusula 10.1 de PCAP afirma que en la presente

licitación no existe un depósito ya que todo el material que se entrega será facturado en el momento de la entrega, lo que se desarrolla en el resto de la cláusula 10 y del anexo XIV ambos del PCAP.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el sexto motivo del recurso.

DUODÉCIMO. Consideraciones del Tribunal sobre que la obligación de que en el caso de rotura de stock en las empresas adjudicatarias deban asumir el gasto que pueda producir el envío de las determinaciones a laboratorios externos.

Indica el recurso que dicha obligación es completamente abusiva y podría romper el correcto y necesario equilibrio de las prestaciones entre ambas partes en un contrato. En este sentido, manifiesta que una cosa es que pudiera existir algún tipo de penalidad para casos negligentes de rotura de stock de las empresas adjudicatarias y otra cosa muy distinta es que pudieran tener que asumir unas consecuencias absolutamente imprevisibles para las mismas, dado que se deja entera libertad al laboratorio externo, que podría ser totalmente abusivo. Por su parte el informe al recurso se ampara de nuevo en la facultad que le otorga el artículo 34 de la LCSP, para el establecimiento de la obligación que se cuestiona, así como en que la recurrente actúa contra sus propios actos al haber consentido en una licitación anterior con una obligación igual a la que ahora cuestiona.

Pues bien, tanto la recurrente como el informe al recurso se centran en la obligación descrita en los dos últimos incisos de la cláusula 3.2 del PPT, reproducida en el fundamento anterior. Su tenor es el siguiente: «*En el caso que se produzca rotura de stock en las empresas adjudicatarias, deberán comunicarlo en el plazo de entrega del suministro acordado. En todo caso, las empresas adjudicatarias deberán asumir el gasto que pueda producir a los laboratorios, el envío de las determinaciones a laboratorios externos.*». Sin embargo, dicha obligación se reitera en términos prácticamente similares en la cláusula 10.1 y en el anexo XIV ambos del PCAP.

A juicio de este Órgano, y al hilo de lo argumentado en el recuso, la cláusula que se cuestiona plantea un supuesto de cumplimiento defectuoso de la prestación, pues parte de la premisa de que en los casos en que se dé un determinado hecho, esto es una rotura de stock en la empresa adjudicataria, se producirá una determinada consecuencia, es decir la asunción del coste por parte de la entidad contratista de tener que realizar determinada determinación en un laboratorio externo.

En definitiva, la cláusula que se denuncia plantea ante un supuesto de cumplimiento defectuoso de la prestación, la imposición de determinada penalidad, sin las exigencias previstas en el artículo 192 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el séptimo y último de los motivos del recurso.

Asimismo, como este Tribunal puso de manifiesto en el fundamento de derecho décimo, en cuanto a los efectos de la estimación, indica el informe al recurso que este Tribunal limite la declaración de la nulidad exclusivamente al apartado impugnado, acordando su supresión según establece el artículo 57 de la LCSP conservando, conforme al artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el resto de cláusulas de los pliegos, de forma que el procedimiento de licitación pueda continuar su tramitación, sin necesidad de retroacción de actuaciones o de efectuar una nueva convocatoria de la licitación. Esta cuestión no puede admitirse pues lo proscribe el último inciso del citada artículo 57 de la LCSP al disponer que *«En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.»*.

DECIMOTERCERO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho octavo, noveno, décimo y duodécimo de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, solo respecto de las agrupaciones 35, 36, 37, 38, 41 y 51 y de los lotes 340, 341, 343, 344 y 346, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación, toda vez que la decisión de promover una nueva licitación respecto de esas agrupaciones y lotes es competencia del órgano de contratación, sin que este Tribunal dada su función exclusivamente revisora pueda exigirle que vuelva a convocar la licitación de las citadas agrupaciones y lotes.

En este sentido, y dada la existencia de una entidad licitadora con carácter previo a la suspensión por este Tribunal del plazo de presentación de ofertas, una vez que se reinicie de nuevo dicho plazo, el órgano de contratación tiene que permitir a dicha entidad licitadora, con las debidas garantías, la posibilidad de presentar una nueva oferta respecto de aquellas agrupaciones y lotes no afectadas por la presente resolución.

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 **BECTON DICKINSON S.A.** contra los pliegos y demás documentación que rigen el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo marco con una única empresa, por lotes y agrupaciones de lotes, por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como mantenimiento de sil y equipos, para la realización de determinaciones analíticas en los laboratorios de los centros vinculados a la central provincial de compras de Jaén, mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas» (Expte. 0000591/2022), respecto de las agrupaciones 35, 36, 37, 38, 41 y 51 y de los lotes 340, 341, 343, 344 y 346, convocado por el Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho decimotercero de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante la Resolución de 24 de febrero de 2023.

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 personas 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.