

Recurso 249/2014**Resolución 130/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 7 de abril de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado “Suministro de suero para los centros integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Huelva”, promovido por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 518/2014), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 22 de julio de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 25 de julio de 2014, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 180.

El valor estimado del contrato asciende a 2.132.759,14 euros.



SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 4 de agosto de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del referido contrato de suministro.

La recurrente solicita en el recurso que se declare la anulabilidad de la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), Criterios de Adjudicación del Cuadro Resumen, por vulnerar los principios de transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato entre los candidatos y selección de la oferta económicamente más ventajosa en cuanto a los criterios estrictamente económicos, previstos en el artículo 1 del TRLCSP.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 4 de agosto de 2014, se solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida de suspensión solicitada por la Asociación recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida, a excepción del listado de licitadores, tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 12 de agosto de 2014, recibándose el citado listado con posterioridad, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas.



QUINTO. El 5 de septiembre de 2014, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante escritos de 9 de septiembre de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que ninguno ha hecho uso de ese derecho.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, habiendo presentado su oferta con posterioridad a la interposición del recurso.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.



El recurso se dirige contra el PCAP de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende celebrar una Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley. (...)”.

En el presente caso, el anuncio de la licitación en el el Diario Oficial de la Unión Europea se realizó el 22 de julio de 2014 y en el Boletín Oficial del Estado el 25 de julio de 2014, indicándose que la documentación, incluido por tanto los pliegos, se podía obtener en el perfil de contratante, publicándose en éste la licitación el día 22 de julio de 2014, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 26 de julio de 2014, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el



artículo 44.2.a) del TRLCSP.

En cuanto al escrito de interposición del recurso, el mismo fue presentado el día 4 de agosto de 2014 en el Registro de este Tribunal, por lo que se presentó dentro del plazo legal indicado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo a abordar las alegaciones de las partes, procede traer a colación el criterio segundo de la cláusula 13 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que es objeto de impugnación.

Criterio 2. Bonificación en género de los artículos licitados. Evaluación automática. Ponderación hasta 35 puntos sobre un total de 100. Fórmula de evaluación = 35 * porcentaje bonificación ofertada / porcentaje mejor bonificación. Bonificaciones aceptadas: Unidades adicionales del mismo producto.

La recurrente basa su recurso en las siguientes alegaciones:

1. Necesaria aplicación del principio de selección de oferta económicamente más ventajosa en cuanto a criterios económicos de adjudicación.
2. Falta de precisión de los parámetros para el cálculo de la bonificación sobre la oferta económica inicial.
3. Necesidad de determinación previa de los elementos de valoración de las mejoras.

Con respecto a la primera alegación, esto es, la necesaria aplicación del principio de selección de oferta económicamente más ventajosa en cuanto a criterios económicos



de adjudicación, la recurrente pone de manifiesto que la valoración del citado criterio de bonificación en género de los artículos licitados, que el PCAP prevé por medio de fórmulas, conlleva que dentro de los criterios económicos se produzca una desviación esencial respecto del criterio rector que debe regir la valoración económica a efectos de adjudicación, cual es el de la oferta más barata como resultado de la suma de criterios económicos por ser ésta la que se presenta económicamente como la más ventajosa.

La valoración del citado criterio sumado al de la oferta económica puede dar como resultado que se otorgue mayor puntuación global al licitador que ofrezca mayor bonificación aun cuando su oferta económica inicial sea menos competitiva y dé como resultado un producto más caro que el ofertado por otros licitadores.

Concluye la recurrente que es necesario partir de la base de la consideración de la bonificación como parte inseparable del precio a modo de mejora en los términos previstos en el artículo 147.2 del TRLCSP, y por tanto como criterio netamente económico que en conexión con el criterio de oferta económica inicial debe traducirse en la oferta económicamente más favorable. Por ello no parece acorde con el principio de ventaja económica que propuestas finales menos ventajosas en precio se impongan por puntuación a aquellas otras que, por ser las que presentan un coste final más económico, debieran ser las que optaran a la adjudicación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto que el empleo de bonificaciones económicas en unidades adicionales del mismo producto, es un incentivo más en las relaciones comerciales existentes en el mercado. Con éste criterio se busca mejorar las características de la oferta económica y favorecer con ello su elección, y siendo el objetivo adjudicar aquella oferta económicamente más ventajosa para la Administración, esta selección no tiene por qué coincidir con la oferta más barata.



Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este primer alegato de la recurrente, que se centra en considerar que, a través de la implantación del criterio de bonificación en género de los artículos licitados, se consigue un fin que no parece acorde con lo que la recurrente denomina principio de ventaja económica, esto es, que propuestas finales menos ventajosas en precio se impongan por puntuación a aquellas otras que presentan un coste final más económico.

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su artículo 53 y el TRLCSP en su artículo 150, dejan al órgano de contratación libertad de elección respecto a los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y, como una oferta debe referirse necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también vinculados con el objeto del contrato, circunstancia que se da, sin ninguna duda, en el presente caso de criterio de adjudicación de bonificación en género de los artículos licitados.

La utilización de varios criterios de adjudicación para apreciar la oferta económicamente más ventajosa es el principio general que se aplica por defecto, pues la utilización de un único criterio solamente se acepta, al menos inicialmente, como fórmula residual para los contratos de obras (siempre que el proyecto no sea susceptible de ser mejorado, no se faciliten materiales o medios auxiliares, no emplee tecnología especialmente avanzada o no tenga un impacto significativo en el medio ambiente). También podrá utilizarse en los suministros y servicios cuando no sea posible variar los plazos ni introducir modificaciones de ninguna clase.

La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación,



es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos.

Entiende este Tribunal, que la recurrente adolece de una confusión entre lo que ha de ser la oferta más barata, y la oferta económicamente más ventajosa; que en supuestos como éste, en que se valora más de un criterio, no precisa ser necesariamente la de precio más bajo, sino la que obtenga mayor puntuación en la valoración de los criterios de adjudicación.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede desestimar esta primera pretensión de la recurrente.

SEXO. Con respecto a la segunda alegación, esto es, la falta de precisión de los parámetros para el cálculo de la bonificación sobre la oferta económica inicial, la recurrente pone de manifiesto que no se ha indicado si la bonificación se ha de calcular como “inclusiva” o como “exclusiva”, pues las fórmulas varían en función de una u otra opción, así como también los resultados.

Sigue manifestando la recurrente que en la fórmula “inclusiva”, la bonificación es sobre las unidades solicitadas, por ejemplo si se piden 100 y se ha ofertado una bonificación del 3%, implica una entrega de 100 de las cuales 97 serán al precio ofertado inicialmente y 3 irán sin coste, es decir, $\text{precio inicial} * (100 - \text{bonificación}) / 100$. Sin embargo en fórmula “exclusiva”, la bonificación se hace sobre unidades añadidas al número solicitado, por ejemplo si se piden 100 y se ha ofertado una bonificación del 3%, se entregarán 103 unidades de las cuales 100 serán al precio ofertado inicialmente y 3 unidades adicionales irán sin cargo, es decir, $\text{precio inicial} * 100 / 100 + \text{bonificación}$.

Alega la recurrente que el resultado de aplicar una u otra fórmula conlleva la



posibilidad de interpretar un resultado distinto en cuanto a la postura económica presentada por cada licitador. Sigue manifestando que así cada licitador podría calcular el porcentaje de bonificación de forma diferente, comportando esta situación una falta de valoración en base a criterios uniformes y por ende una directa contradicción con el principio de igualdad de trato y de transparencia previstos en el artículo 1 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto que el alegato de la recurrente de falta de precisión en los parámetros para el cálculo de la bonificación, se explica mediante un ejemplo. Seguidamente detalla un ejemplo de cuatro ofertas con los siguientes porcentajes de bonificación 3, 5, 2 y 0, a las que corresponden, respectivamente, 21, 35, 14 y 0 puntos.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este segundo alegato de la recurrente, que se centra en la falta de precisión de los parámetros para el cálculo de la bonificación sobre la oferta económica inicial.

Como se ha expuesto más arriba, el criterio de adjudicación objeto de controversia establece lo siguiente:

Criterio 2. Bonificación en género de los artículos licitados. Evaluación automática. Ponderación hasta 35 puntos sobre un total de 100. Fórmula de evaluación = $35 * \frac{\text{porcentaje bonificación ofertada}}{\text{porcentaje mejor bonificación}}$. Bonificaciones aceptadas: Unidades adicionales del mismo producto.

A juicio de este Tribunal, no existe la falta de precisión alegada por la recurrente para el cálculo de la bonificación, dado que la denominación del mismo es lo suficientemente expresiva “Bonificación en género de los artículos licitados”, pues supone que la bonificación ha de ser de unidades (no de precio) por encima del número mínimo estimado en el pliego de prescripciones técnicas que rige la



licitación; ello unido a lo establecido en el criterio, esto es, “Bonificaciones aceptadas: Unidades adicionales del mismo producto” no dejan lugar a dudas que el porcentaje de bonificación establecido en el citado criterio de adjudicación lo es de unidades adicionales, es decir, por encima, del número mínimo exigido en la licitación.

A título de ejemplo, para el supuesto del lote 1, en donde se establece una cantidad estimada de 200.000 unidades en 24 de meses, un licitador que ofertase, por ejemplo, 220.000 unidades obtendría un porcentaje de bonificación del 10%. Calculado el porcentaje de bonificación, restaría aplicar la fórmula prevista en el citado criterio para obtener la puntuación.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede desestimar esta primera pretensión de la recurrente.

SÉPTIMO. Con respecto a la tercera y última alegación, esto es, la necesidad de determinación previa de los elementos de valoración de las mejoras, la recurrente manifiesta que el criterio de bonificación en género de los artículos licitados no deja de ser una mejora que hace necesario el establecimiento de criterios claros y precisos para su valoración, entendido ello como necesidad de la existencia de un parámetro que permita determinar “a priori” la oferta máxima.

Sigue manifestando la recurrente que, al no existir un parámetro de limitación “a priori” para determinar la bonificación máxima (mejoras), se altera el principio de igualdad de trato al supeditar la puntuación de dichas mejoras a las ofertas del resto de licitadores, lo que supone un vicio de nulidad de pleno derecho al impedir una debida comparación de ofertas entre sí partiendo de parámetros objetivos previamente determinados, rompiendo con ello el necesario equilibrio entre la importancia de la oferta inicial y la citada bonificación. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación determinada doctrina de algunos de los Tribunales de recursos contractuales, incluido éste.



Expuesto lo alegado por las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este tercer y último alegato de la recurrente, que se centra en la necesidad de determinación previa de los elementos de valoración de las mejoras, entendido ello como necesidad de la existencia de un parámetro que permita determinar “a priori” la oferta máxima.

Como ya se ha expuesto más arriba, el criterio de evaluación automática impugnado, y sobre el que la recurrente centra la presente alegación de indeterminación previa de los elementos de valoración de las mejoras, esto es, “Bonificación en género de los artículos licitados”, el PCAP establece una puntuación global de 35 puntos, una fórmula de evaluación $\ll 35 * \text{porcentaje bonificación ofertada} / \text{porcentaje mejor bonificación} \gg$ y aclara que solo se aceptarán como bonificaciones aquellas unidades adicionales del mismo producto. Sin embargo, omite los parámetros que permitan determinar el límite de unidades a ofertar que obtendría la máxima puntuación.

Las cuestiones planteadas en la presente alegación de la recurrente deben analizarse desde la perspectiva de lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP, relativo a los criterios de valoración de las ofertas de los licitadores, así como de la jurisprudencia dictada al respecto y de la doctrina elaborada en aplicación de lo anterior tanto por éste como por otros Tribunales competentes en materia de resolución de recursos sobre contratación pública.

El citado artículo 150 “Criterios de valoración de las ofertas” establece lo siguiente:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de



utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta



valoración separada.

(...)

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

(...).”

Del contenido del citado artículo 150 se deduce que los criterios de valoración de las ofertas deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato y estar suficientemente determinados en los pliegos de contratación, indicándose la ponderación que se otorga a cada uno de ellos.

Por su parte, en relación con las mejoras como criterio de adjudicación, el TRLCSP establece en su artículo 147 “Admisibilidad de variantes o mejoras” lo siguiente:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

(...).”



Como se desprende del mencionado artículo 147, en el caso de la mejoras como criterio de adjudicación, además de los previsto en el artículo 150 del TRLCSP deberán figurar en los pliegos y en los anuncios debiendo precisarse sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En cuanto a la jurisprudencia y a la doctrina de los Tribunales, en relación con los criterios de adjudicación, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 Sentencia del TJUE y la de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que: *“es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.*

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Y como bien se ha indicado en la Resolución 43/2011, del Tribunal Administrativo de



Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio de 2011, los requisitos para que se puedan admitir las mejoras son:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarse en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cual es la económicamente más ventajosa.

Y, precisamente, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en un supuesto similar al que se plantea en el presente recurso y que fue resuelto en el Acuerdo 20/2012 de 14 de junio, se pronunció en el mismo sentido señalando:

“Sentado lo anterior, en cuanto al primero de los motivos impugnatorios, debe reproducirse el contenido del Anexo VII del PCAP («CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR. SOBRE TRES») bajo el epígrafe «Soluciones económicas»:

«Los licitadores podrán presentar diferentes soluciones económicas, que se valorarán en el criterio “Precio”, consistentes en ofrecer descuentos directos sobre el precio o entrega de productos sin cargo de igual o similar naturaleza de las que el licitador pudiera resultar adjudicatario en función de los lotes o partidas adjudicadas, etc.

En caso de tratarse de productos no incluidos en este Acuerdo Marco, dichas soluciones económicas se cuantificarán tomando como elemento de valoración el



precio medio de compra actual del producto en los Centros del Servicio Aragonés de Salud».

Pues bien, como argumenta la recurrente, del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de las mismas. La posibilidad de ofrecer descuentos directos sobre el precio resulta consustancial a la propia formulación de una proposición económica, pero la entrega de productos sin cargo «de igual o similar naturaleza» o «no incluidos en este Acuerdo marco», no determina los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse en función de las cualidades de los mismos. Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas en este punto por los licitadores y la determinación del valor atribuible a las mismas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las entregas de otros productos se realicen sin cargo.>>

Y concluía el citado acuerdo que “(...) la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato, implica un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).”

Y además recogió el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011, por la que se resolvía el recurso 155/2011 (resolución 189/2011) y, más recientemente, en la de 21 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso 44/2012 (resolución 69/2012), en la que ha señalado:

“Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y



precios para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.

Y de esta forma se concluye en el citado Acuerdo 20/2014 que incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho y “no de otra forma debe ser calificada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio.

En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley. Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta ».

Dicho criterio se comparte plenamente por este Tribunal en reiteradas resoluciones, por todas la resolución 34/2014, de 12 de marzo, por lo que el criterio de adjudicación analizado incurre en vicio de nulidad de pleno derecho, toda vez que en él no se establecen parámetros que permitan determinar el límite de unidades a ofertar que



obtendría la máxima puntuación, sino que ésta dependerá de las ofertas de los correspondientes licitadores, quienes desconocen los parámetros objetivos que les permitan a priori preparar sus ofertas.

Como conclusión, es necesario poner de manifiesto que la nulidad de cualquiera de los criterios de adjudicación a tener en cuenta en una licitación debe comportar la nulidad de la licitación misma. Como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, Wienstrom), *“Los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”*.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar esta tercera pretensión de la recurrente, anulando el criterio de adjudicación “Bonificación en género de los artículos licitados” y, en consecuencia, declarar la nulidad de la licitación a que se refiere el presente recurso.



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 **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado “Suministro de suero para los centros integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Huelva”, promovido por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 518/2014), debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares, a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en la Resolución de 5 de septiembre de 2014 .

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

