

Recurso 254/2014**Resolución 133/2015****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 **BAXTER, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas 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 8 de agosto de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por BAXTER, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rige la licitación del referido contrato de suministro.

La recurrente solicita en el recurso que se anulen y se dejen sin efecto, por se contrarios a derecho, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas y se declare la nulidad de todo el procedimiento. En concreto, manifiesta que los criterios de adjudicación números 2, 3, 4 y 5 resultan contrarios al ordenamiento jurídico, considerando que los mismos no se ajustan a derecho.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 27 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 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 29 de agosto de 2014.

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 1 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 pliego de cláusulas administrativas particulares y el de



prescripciones técnicas 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. Por último, y 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 8 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 los criterios segundo, tercero, cuarto y quinto de la cláusula 13 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que son 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 = $35 * \text{porcentaje bonificación ofertada} / \text{porcentaje mejor bonificación}$. Bonificaciones aceptadas: Unidades adicionales del mismo producto.

Criterio 3. Criterios técnicos. Evaluación no automática. Ponderación hasta 20 puntos sobre un total de 100. Calidad del envase. Calidad en el retractilado exterior de los envases. Información en el envase. Seguridad de administración. Facilidad en la adición de fármacos. Ausencia de látex. Ausencia de inmovilizaciones de lotes en los tres últimos años.

Criterio 4. Plazo de Entrega. Evaluación automática. Ponderación hasta 3 puntos sobre un total de 100. Fórmula de evaluación = Se asignará 3 puntos a plazos igual o inferior a 48 horas. Plazos superiores se asignará 0 puntos.

Criterio 5. Aceptación de programaciones de entrega. Evaluación automática. Ponderación hasta 2 puntos sobre un total de 100. Fórmula de evaluación =



Aceptación de programaciones de entrega superiores a 15 días: 2 puntos. No aceptación de dichas programaciones 0 puntos.

La recurrente basa su recurso en que los criterios de adjudicación números 2, 3, 4 y 5 no son conformes a derecho. En el recurso la recurrente combate en su primera alegación el criterio de adjudicación número 3, después en su segunda alegación el número 2 y en la última los números 4 y 5. Sin embargo, por parte de este Tribunal, se va a proceder a analizar cada uno de los criterios por el orden establecido en el pliego.

Con respecto a la alegación relacionada con el criterio de adjudicación número 2, “Bonificación en género de los artículos licitados”, no es conforme a derecho, la recurrente alega que el mismo es una mejora a la oferta económica, que se traduce en un descuento sobre la misma al tratarse de un contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario. Alega la recurrente que nos encontramos nuevamente con un criterio respecto al cual los pliegos han previsto una puntuación máxima de 35 puntos pero sin una definición de los criterios que habrán de tenerse en cuenta para realizar una ponderación relativa.

Sigue alegando la recurrente, apoyándose en una resolución de este Tribunal, que no se establece el número de unidades a ofertar en esta bonificación que obtendría la puntuación máxima de 35 puntos (mejor bonificación) y que, por tanto, servirá de parámetro para valorar las distintas ofertas. Ello implica, según la recurrente, que el licitador no tiene forma alguna de predecir cuál será la puntuación máxima que obtendrá en virtud de la mejora que ofrezca bajo este criterio, por cuanto dicha puntuación dependerá de las ofertas concretas que presenten los distintos licitadores.

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 este



criterio se pretende mejorar las características de la oferta económica y favorecer con ello su elección, y siendo el objetivo adjudicar a aquella oferta económicamente más ventajosa para la Administración, esta selección no tiene por qué coincidir con la oferta más barata. El fin es instar a las empresas licitadoras a realizar su mejor oferta económica en precio unitario y en unidades bonificadas de mismo producto al que licita, lo cual redundará en mejora económica a medida que se ejecuta el contrato.

Sigue manifestando el órgano de contratación 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 quienes les corresponden, respectivamente, 21, 35, 14 y 0 puntos.

Con respecto a la alegación relacionada con el criterio de adjudicación número 3, “Criterios técnicos”, no es conforme a derecho, la recurrente alega que en los pliegos no se establece expresamente la puntuación específica que se otorgará por cada uno de los criterios o características del producto ofertado. Es decir, no se recoge en los pliegos los criterios de ponderación relativa.

Alega la recurrente que los criterios de adjudicación han de ser objetivos, han de estar directamente relacionados con el objeto del contrato y, asimismo, han de cumplir con los principios rectores de la contratación, uno de los cuales es la transparencia. Sin embargo, sigue con su alegato la recurrente, en el pliego no se contemplan cuáles serán las concretas reglas de valoración de este criterio, que quedan relegados a la libre elección de la Administración en el momento de proceder a valorar las ofertas, con vulneración de los principios de seguridad jurídica, igualdad de trato y transparencia.

Para reforzar su alegato, la recurrente trae a colación, los artículos 1, 139 y 159.4 del TRLCSP, las resoluciones 78/2011 y 87/2011 del Tribunal Administrativo Central de



Recursos Contractuales, el Informe de la Comisión de Expertos constituida por el Ministerio de Hacienda para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública y los Informes de fiscalización de los ejercicios 2007 a 2009 de la Cuenta General, Contratación Administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

Concluye la recurrente que el criterio recurrido es un criterio cuya valoración depende de un juicio de valor respecto del que en los pliegos no se establecen normas concretas para su valoración.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe, tras detallar el contenido del mencionado criterio de adjudicación número 3, pone de manifiesto que aquella oferta que presente mejor calidad de envase debidamente justificada se valorará con la máxima puntuación, aplicando los mismos criterios en todas las ofertas técnicas para cada una de las empresas. Es la Comisión Multidisciplinar para el Uso Racional del Medicamento en la provincia de Huelva el órgano encargado del reparto de los 20 puntos entre las distintas ofertas. Se entiende que aquellos envases que cumplan las características técnicas en cuanto a atributos determinantes para la compra, para el código Genérico de Centro de cada lote ofertado, y presenten calidad baja, recibirán 0 puntos en este criterio. Entre la mejor oferta técnica y la de peor calidad del envase se establece un reparto proporcional de los 20 puntos, a través del criterio y juicio de los miembros de la citada Comisión Multidisciplinar para el Uso Racional del Medicamento, basado en la experiencia profesional y debidamente justificado en el informe técnico.

Con respecto a la alegación relacionada con los criterios de adjudicación números 4 y 5, “Plazo de Entrega” y “Aceptación de programaciones de entrega”, respectivamente, no son conformes a derecho, la recurrente alega que al no establecerse de forma clara la inexistencia de una ponderación relativa, dependiendo de cómo se apliquen esos criterios se estaría infringiendo o no el ordenamiento jurídico. Así, si se interpreta



que las ofertas sólo pueden alcanzar 3 ó 0 puntos y 2 ó 0 puntos, respectivamente, dichos criterios serían conformes al ordenamiento jurídico. Sin embargo, si los pliegos han previsto una puntuación máxima a otorgar en su caso por los técnicos que evalúen las ofertas, pero sin una definición de los criterios que habrán de tener en cuenta para realizar una ponderación relativa, éstos también deberían declararse nulos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto que la asignación de puntos es exactamente como se expresa, de forma totalmente automática. Es decir, no hay reparto proporcional. A aquellas ofertas con plazo de entrega superior a 48 horas no se le asignan puntos, debiendo cumplir, en todo caso, el plazo de 72 horas fijado en el pliego de prescripciones técnicas. Para plazo de entrega igual o inferior a 48 horas se le asignan 3 puntos. De igual forma se procede para el criterio número 5. Es decir, aquellas ofertas que aceptan programaciones de entrega superiores a 15 días se les asignan 2 puntos, en caso contrario no se les asigna puntos.

Concluye el órgano de contratación, en relación con las tres alegaciones de la recurrente, que la misma lo que realmente expone en su escrito de recurso es la incertidumbre manifiesta en relación a las ofertas o propuestas económicas y técnicas de su competencia. En este sentido, todas las empresas están en igual situación, realizando su oferta en relación al margen de beneficio que decidan fijar para el contrato.

SEXTO. Expuesto lo alegado por las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto del alegato de la recurrente, que se centra en que el criterio de adjudicación número 2, “Bonificación en género de los artículos licitados”, no es conforme a derecho, pues a su juicio no se establece el número de unidades a ofertar en esta bonificación que obtendría la puntuación máxima de 35 puntos (mejor bonificación) y que, por tanto, servirá de parámetro para valorar las distintas ofertas.



Como ya se ha expuesto más arriba, este criterio de evaluación automática impugnado, y sobre el que la recurrente centra la presente alegación establece en el PCAP una puntuación global de 35 puntos, una fórmula de evaluación <<35 * porcentaje bonificación ofertada / porcentaje mejor bonificación>> 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



critérios 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 número 2, “Bonificación en género de los artículos licitados”, 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.

SÉPTIMO. Por lo que respecta al alegato de la recurrente, que se centra en que el



criterio de adjudicación número 3, “Criterios técnicos”, no es conforme a derecho, procede indicar que a su juicio en el pliego no se contemplan cuáles serán las concretas reglas de valoración de este criterio, que quedan relegados a la libre elección de la Administración en el momento de proceder a valorar las ofertas

Como ya se ha expuesto más arriba, este criterio de adjudicación impugnado, cuya valoración depende de un juicio de valor, de evaluación no automática en la terminología del pliego, y sobre el que la recurrente centra la presente alegación establece en el PCAP una puntuación global de 20 puntos y una relación de los aspectos que se contienen en la descripción del criterio, tales como calidad del envase, calidad en el retractilado exterior de los envases, información en el envase, seguridad de administración, facilidad en la adición de fármacos, ausencia de látex y ausencia de inmovilizaciones de lotes en los tres últimos años. Sin embargo, omite las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador.

Al igual que en la primera alegación de la recurrente, las cuestiones planteadas en esta segunda alegación deben analizarse desde la perspectiva de lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP y de la doctrina y jurisprudencia relacionada en el fundamento de derecho anterior, al que nos remitimos.

Como consecuencia de lo anterior, el criterio de adjudicación número 3, “Criterios técnicos”, incurre, igualmente, en vicio de nulidad de pleno derecho, toda vez que en él no se establece el procedimiento a seguir para la valoración de las ofertas, quedando al arbitrio del órgano de contratación la determinación del valor atribuible a cada una de las ofertas, sin más limitación que la derivada del propio pliego, no estableciéndose en definitiva las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador.

Al respecto, es necesario traer a colación la resolución 923/2014, de 12 de diciembre de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que en su



fundamento de derecho sexto establece que “(...) el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

Pues bien, en el presente caso, a juicio de este Tribunal, la descripción contenida en el criterio de valoración “Gestión de atención e información al cliente” resulta suficiente para cumplir con tales exigencias. En este sentido, ha de darse la razón al órgano de contratación en cuanto que los distintos aspectos señalados en la descripción del criterio no actúan como subcriterios de carácter exhaustivo, sino que se trata de una lista meramente enunciativa que permita a los licitadores comprender qué tipo de herramientas pueden ser valoradas por parte del órgano de contratación y poder dirigir su oferta a cubrir la finalidad técnica que se pretende lograr con el citado criterio de adjudicación y que se encuentra suficientemente explicada en el pliego: dar mayor puntuación a quien ofrezca un mejor servicio a sus clientes.

Exigir que se ponderen todos y cada uno de los aspectos que se contienen en la



descripción de cada criterio nos llevaría a un círculo vicioso pues cada subcriterio a su vez habrá de contener también su descripción, la cual contendrá a su vez una relación de distintos aspectos que serán tenidos en cuenta y que deberían entonces ser objeto a su vez de ponderación. No cabe, por ello, establecer una regla general que exija siempre y en todo caso establecer la ponderación de todos y cada uno de los aspectos contenidos en cada criterio y subcriterio, sino que lo que ha de exigirse es que lo que va a ser objeto de valoración esté suficientemente concretado.

Indudablemente, el órgano de contratación cuando efectúe la correspondiente valoración habrá de motivar adecuadamente la otorgada a cada licitador y en ese momento habrá de revisarse si se han cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia antes señalada: que no modifiquen criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto.

No obstante lo anterior, el hecho de que se admitan como legales criterios y subcriterios susceptibles de diversas interpretaciones no supone reconocer en el órgano de contratación una plena discrecionalidad en la valoración. Muy al contrario, de la aplicación correcta o incorrecta de estos criterios podrá derivarse la posibilidad de que el Tribunal, en el caso de que la adjudicación llegara ser impugnada, declare que se ajusta o no a la Ley y al contenido de los pliegos.”

El supuesto de hecho analizado en la citada resolución 923/2014 es muy similar al analizado en el presente recurso, aunque con una diferencia fundamental que, a juicio de este Tribunal, hace que el mismo haya de ser declarado nulo y es que en el



presente caso no se establecen las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador. Pues, como ha puesto de manifiesto el citado Tribunal Central, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto, sin embargo, ello unido a la ausencia de las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador trae como consecuencia, a juicio de este Tribunal, que el mencionado criterio no sea ajustado a derecho.

Es en el informe a este recurso donde el órgano de contratación trata de establecer las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta y que, en su caso, debieron haber figurado en el pliego. De este modo señala que aquella oferta que presente mejor calidad de envase debidamente justificada se valorará con la máxima puntuación, aplicando los mismos criterios en todas las ofertas técnicas para cada una de las empresas, que a aquéllas que presenten calidad baja, se les asignará 0 puntos y que entre la mejor oferta técnica y la de peor calidad del envase se repartirán proporcionalmente los 20 puntos.

Esta falta de concreción de las pautas de valoración de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta supone, como se ha mencionado, un vicio de nulidad de pleno derecho.

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”.

OCTAVO. Por último, y respecto a la alegación de la recurrente relacionada con los criterios de adjudicación número 4, “Plazo de Entrega”, y número 5, “Aceptación de programaciones de entrega”, procede indicar que, a juicio de este Tribunal, aparecen explicitados en el PCAP de forma concisa, clara y rotunda, de tal forma que a aquella oferta que cumpla la condición establecida, plazos de entrega igual o inferior a 48 horas en un caso y aceptación de programaciones de entrega superiores a 15 días en otro caso, se le asignará la máxima puntuación, esto es, 3 puntos para el primer caso y 2 en el otro, y a las ofertas que no cumplan la citada condición, en un caso u otro, se les asignará 0 puntos. Siendo, por tanto, ajustado a derecho el establecimiento de ambos criterios, procede desestimar la pretensión de la recurrente de nulidad de los citados criterios de adjudicación número 4, “Plazo de Entrega”, y número 5, “Aceptación de programaciones de entrega”.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar parcialmente las alegaciones de la recurrente, anulando los criterios de adjudicación números 2 “Bonificación en género de los artículos licitados” y 3 “Criterios técnicos”,



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 **BAXTER, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas 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 sexto y 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.

