

Recurso 268/2015**Resolución 32/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 11 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación denominada “*Suministro de material de osteosíntesis para los centros sanitarios de la plataforma de logística sanitaria de Cádiz*” (Expte. CCA. C8+XPZZ), convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 6 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución y, ese mismo día se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de contratación de la Junta de Andalucía. Asimismo, el 21 de noviembre de 2015, el citado anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado número 279.



El valor estimado del contrato asciende a 4.113.753,51 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento se han presentado ofertas de varias empresas y entre ellas se encuentra la de la entidad recurrente.

TERCERO. El 24 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A. (en adelante JOHNSON) frente a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato mencionado en el encabezamiento de esta Resolución. En el escrito de recurso se solicita además la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. El 25 de noviembre de 2015, la Secretaría de este Tribunal da traslado al órgano de contratación del Recurso presentado y le solicita el expediente de contratación completo, informe relativo al recurso presentado, así como sobre las medidas provisionales solicitadas, y el listado de licitadores donde figuren los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La mencionada documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 1 de diciembre de 2015. Asimismo, una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones el órgano de contratación remite el listado de licitadores el 18 de diciembre de 2015.



QUINTO. Con fecha 10 de diciembre de 2015, este Tribunal acordó adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

SEXTO. Con fecha 21 de diciembre de 2015, la Secretaría del Tribunal concedió trámite de alegaciones a los licitadores del procedimiento por plazo de cinco días hábiles, resultando que la entidad STRYKER IBERIA, S.L. las presentó en el plazo concedido para ello.

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.

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, es susceptible de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada convocado por una Administración Pública, siendo su valor estimado de 4.113.753,51 euros, y el objeto del recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso



especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), 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 supuesto, la publicación del anuncio de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea así como en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía se realizó el 6 de noviembre de 2015, y en el Boletín Oficial del Estado el 21 de noviembre, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 21 de noviembre de 2015, 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. Por tanto, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 24 de noviembre de 2015 en el Registro del órgano de contratación, 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.

En primer lugar, expone la recurrente que los criterios de evaluación sujetos a



un juicio de valor, según los define el pliego *-no automáticos-*, se encuentran insuficientemente definidos, suponiendo ello una infracción del ordenamiento jurídico y una vulneración del principio de seguridad jurídica y transparencia.

Con relación a las mejoras, *criterio de adjudicación no automático*, expone la recurrente que lo solicitado por el órgano de contratación es ajeno al objeto del contrato y que por tanto supone una financiación irregular de actividades administrativas ajenas al contrato de suministro.

Así, la recurrente considera que con la configuración actual de los pliegos se conculca su derecho a conocer de antemano los criterios de adjudicación con arreglo a los cuales será valorada su oferta, suponiendo ello además un perjuicio a la propia Administración contratante que ve restringido el abanico de posibles licitadores de manera innecesaria e injustificada. Por tanto, solicita que se anule el PCAP y que se proceda a la aprobación de unos nuevos pliegos que se ajusten a los principios rectores de la contratación pública y que contemplen las correcciones que se alegan en su escrito de recurso.

SEXTO. La recurrente combate en primer lugar los criterios de adjudicación no automáticos por la indefinición con que se encuentran configurados.

Según se desprende del expediente remitido a este Tribunal, el objeto de la contratación es un suministro que comprende 17 agrupaciones y 178 lotes. Con respecto a los criterios de adjudicación, éstos se encuentran recogidos a continuación del cuadro resumen anexo al PCAP. Se señalan aquellos de evaluación automática: “*el valor económico unitario neto*” con un peso del 60%, “*el grado de eficiencia*” con un peso del 20% y a continuación los criterios de valoración no automática -sujetos a juicio de valor- con una ponderación del 20% y que se encuentran divididos en dos grupos, ya que en función de la agrupación y si se encuentra incluida en uno u otro grupo, se determinan de forma distinta los criterios de valoración no automática.



Pues bien, son estos últimos los que impugna la recurrente.

Por razones expositivas procederemos con la transcripción del primer grupo que obedece al primer motivo de recurso:

“Criterios de adjudicación no automáticos:

- Para las agrupaciones 1,2, 3, 4, 6, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17 y lotes 176, 177 y 178.

Nivel de la valoración funcional. Ponderación: de 0 a 20 puntos.

*En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación: el **plan de formación** a los profesionales de los centros hospitalarios. Igualmente se valorará **cualquier aspecto logístico** y de **prestaciones adicionales** relacionadas con el objeto del contrato que favorezca la obtención de resultados óptimos para profesionales y pacientes.*

Escala de puntuación:

Muy bueno: *El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta mejoras significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 16 puntos a 20 puntos.*

Bueno: *El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta alguna mejora en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 11 puntos e inferior a 16 puntos.*

Adecuado: *El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y no presenta mejoras en cuanto a los aspectos técnicos-funcionales objeto de valoración. Desde 6 puntos e inferior a 11 puntos.*

Deficiente: *El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas pero presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 0 puntos e inferior a 6 puntos.*

Umbral mínimo para estas agrupaciones: 6 puntos. Si la puntuación obtenida por una oferta en este criterio de adjudicación es inferior al umbral mínimo, dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.



Si la oferta no es adecuada a las características técnicas recogidas en el cuadro resumen, el PCAP o el PPT, quedará excluida de la licitación”.

La recurrente expone en su escrito que, con respecto al criterio “*plan de formación*”, lo único a que se hace referencia en el PCAP es que sea para los profesionales de los centros hospitalarios. Argumenta la recurrente que para buscar una mayor concreción de lo que se debe incluir en el mencionado plan de formación hay que acudir al PPT.

Efectivamente, el PPT hace referencia al plan de formación en su cláusula primera, concretamente en el apartado 1.5.3. donde se recoge “*El contratista desarrollará un plan de formación sobre el uso, manejo e implante de sus productos a los facultativos y personal de enfermería de cada centro hospitalario. De forma explícita deberá figurar el número de plazas de asistencia a cursos básicos o avanzados relacionados con el material objeto del concurso. Este plan de formación será objeto de valoración dentro de los criterios no automáticos de este expediente*”.

Considera la recurrente que esta información es a todas luces escasa, y que de ella resulta imposible anticipar cómo se realizará la valoración y atribución de puntuación de las ofertas. Concluye que de la aplicación de la escala de puntuación, resulta imposible predecir cómo se valorará la oferta.

La recurrente alega que, tal y como queda descrito el programa de formación en los pliegos, se desconoce cuál es el contenido mínimo por debajo del cual se considerará deficiente o que en caso de superarse permitirá obtener una mayor puntuación. Por otro lado argumenta que no aparece el número de horas ni la cualificación de los profesionales que hayan de impartirlos que de no ser indicados en los pliegos no podrán ser valorados.

Con respecto al resto de factores objeto de valoración en el criterio, “*aspectos logísticos*” y “*prestaciones adicionales*”, la recurrente expone que no se encuentran descritos en los pliegos y que además no guardan relación con el



“programa de formación” por lo que cuestiona la idoneidad de valorarlos bajo un mismo criterio.

Por otro lado, argumenta la recurrente que aunque se pudiera definir en qué casos el programa de formación se considerará “deficiente”, “adecuado”, “bueno” o “muy bueno”, tampoco se podría identificar, dentro de uno de los estados descritos, como se repartiría la puntuación. Es decir que, aun en el caso de que se pudieran definir las características necesarias para determinar que una oferta es “muy buena” a la que se le otorga una puntuación “de 16 a 20 puntos”, tampoco se establecen los motivos por los que se atribuye la puntuación entre los 16 a 20 puntos.

Finalmente argumenta la recurrente que esta situación no solo será importante en la adjudicación del contrato, sino que también puede comprometer la continuación en el procedimiento, ya que se establece un umbral mínimo de puntuación que hay que superar.

Por otro lado, el órgano de contratación argumenta que el criterio “valoración funcional” enuncia los distintos aspectos que los técnicos a los que se les encomiende la valoración de las ofertas han de tener en cuenta para emitir su juicio, y cuyo resultado es imposible de determinar *a priori*, puesto que queda dentro la discrecionalidad técnica reconocida a estos órganos.

El órgano de contratación considera que con relación al criterio plan de formación, aspectos logísticos y prestaciones adicionales, al haberse establecido que tales prestaciones han de estar relacionados con el objeto del contrato, se concreta y delimita la naturaleza de lo que es posible ofertar y ser valorado.

El órgano de contratación expone que no puede delimitarse de forma automática la puntuación atribuida al plan de formación dado que el mismo depende de su contenido, del número de horas, del propio docente propuesto para la impartición de la formación, de la experiencia del mismo en relación al



propio producto, etc., parámetros no delimitables previamente sin que se haya sustanciado la valoración de las ofertas.

Argumenta el órgano de contratación que en el presente caso una mayor oferta del número de horas no implica de forma directa una mejor oferta formativa, siendo necesario una comisión de valoración técnica, conformada por expertos en la materia, que ponga en relación el contenido formativo ofertado con una mejor obtención de resultados, sin que por tanto puedan estos parámetros ser fijados sin tener en cuenta el producto ofertado por las casas comerciales. Además considera el órgano de contratación que debido a la multitud de agrupaciones y lotes que componen el suministro los licitadores deben disponer de libertad a la hora de confeccionar sus ofertas de formación.

En este sentido, el órgano de contratación manifiesta que las entidades licitadoras tienen una amplia experiencia y son las que tienen el conocimiento de los niveles formativos necesarios y que por tanto éstas no pueden ampararse en su desconocimiento; en definitiva, expone que es la propia casa comercial la que conoce si se está ofertando un producto adecuado a los niveles de calidad exigidos, y consecuentemente si el nivel formativo que oferta a los profesionales sanitarios que van a hacer uso del mismo, es o no adecuado y suficiente.

En lo relativo a los “*aspectos logísticos y prestaciones adicionales*” también discrepa el órgano de contratación de lo afirmado por la recurrente, argumenta que en el apartado 2 del PPT se establecen de forma precisa las condiciones logísticas mínimas para los artículos, y que por lo tanto se valoran los aspectos logísticos que superen de forma adecuada los mínimos exigidos.

Visto lo anterior, queda claro que el objeto de la controversia se centra en la falta de concreción de aquellos criterios de adjudicación susceptibles de valoración por medio de un juicio de valor, así como de la escala de puntuación correspondiente a los mismos.



De la redacción del PCAP se puede observar que el criterio de valoración no automático se denomina “*valoración funcional*” al que se le atribuye 20 puntos, y que comprende el plan de formación, así como cualquier aspecto logístico y de prestaciones adicionales relacionadas con el objeto del contrato que favorezca la obtención de resultados óptimos para profesionales y pacientes.

Por otro lado, las ofertas que presenten las entidades licitadoras se valorarán según la escala anteriormente reproducida, partiendo de que el artículo ofertado cumpla con las características técnicas solicitadas y en función de si presenta o no “*mejoras significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración*”. Así, y como primera precisión conceptual podemos afirmar que en el criterio “*valoración funcional*” sujeto a juicio de valor, o en la terminología del órgano de contratación de “*aplicación no automática*” se van a valorar aquellas prestaciones que incluyan las ofertas de las entidades licitadoras por encima de los mínimos establecidos en los pliegos, por lo que este Tribunal considera que estos criterios de adjudicación no automáticos quedan configurados como mejoras.

Sobre la regulación de las mejoras este Tribunal ha tenido la ocasión de manifestarse en repetidas ocasiones, valga por todas, la Resolución 130/2015, de 7 de abril, que sobre una cuestión similar señalaba “*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 lo 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 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 precisos 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 »”.

Teniendo en cuenta, pues, la doctrina seguida por este Tribunal con relación a las mejoras, procede analizar el supuesto concreto. En primer lugar la recurrente combate la configuración que ha realizado el órgano de contratación



con respecto al aspecto incluido en el criterio de adjudicación *“valoración funcional”* denominado *“plan de formación”*. La recurrente considera que no se ha incluido suficiente información para que los licitadores sepan que cuestiones se van a valorar del mencionado plan de formación, afirma que se desconoce cual es su contenido mínimo por debajo del cual el programa se considerará deficiente o que en caso de superarse permitirá obtener una mayor puntuación.

El órgano de contratación afirma que en la cláusula primera del PPT, apartado *“1.5. Otras obligaciones del contratista”* se establecen -como hemos reproducido anteriormente- los aspectos que se valoran en el plan de formación. Sin embargo, analizado el PPT, este Tribunal concluye que en realidad lo que se incluye en la cláusula 1.5.3. son aquellos aspectos que ha de contener el plan de formación, documento que ha de presentar obligatoriamente el contratista en su oferta, es decir, en el mencionado apartado no se detallan los aspectos que serán objeto de valoración, sino el contenido mínimo de este documento.

Si acudimos al PCAP, como hemos venido exponiendo, en el criterio de adjudicación *“valoración funcional”* se menciona que *“en este criterio se valorarán, aplicando la escala de valores que se inserta a continuación: el Plan de formación a los profesionales de los centros hospitalarios”* sin encontrar más concreción que la establecida en la escala de puntuación donde se atribuye una mayor o menor puntuación, en función de si las mejoras son o no significativas en cuanto a los *“aspectos técnico-funcionales”* objeto de valoración.

De lo anterior, queda claro que en el presente supuesto es insuficiente la regulación que se hace en el criterio *“valoración funcional”* del plan de formación, puesto que no figuran los aspectos que hayan de ser ponderados, limitándose el PCAP a detallar de forma genérica que se valorarán los aspectos técnico funcionales pero sin mencionar como exige la doctrina examinada *“ni los límites, modalidades, y características que permitan identificarlas*



suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración”.

Lo mismo cabe afirmar con respecto al resto de aspectos a valorar en este criterio: *“cualquier aspecto logístico y de prestaciones adicionales relacionadas con el objeto del contrato”*. La recurrente aduce que en los mismos no se detallan las circunstancias objeto de valoración, a lo que el órgano de contratación objeta que en la cláusula segunda del PPT se establecen de forma precisa las condiciones logísticas mínimas para los artículos y agrupaciones, valorándose los aspectos logísticos que, por tanto, superen de forma adecuada los mínimos exigidos.

De forma similar a lo mencionado con respecto al *plan de formación*, en lo que se refiere a los *aspectos logísticos y de prestaciones adicionales* se describe en el criterio de valoración que se considerará cualquiera que esté relacionado con el objeto del contrato y que favorezca a la obtención de resultados óptimos para profesionales y pacientes. Con respecto a la escala de puntuación, se detalla que se atribuirán más o menos puntos en función de si se incluyen o no mejoras significativas en cuanto a los aspectos *técnico-funcionales* objeto de valoración.

De lo anterior se infiere que, al igual que en el supuesto anterior, el criterio de valoración es sumamente general e indeterminado, y es que, hay que considerar que contribuye a la concreción de los aspectos a valorar no solo su simple descripción, sino también la distribución de puntos entre esos aspectos, consiguiendo de este modo conjugar el margen de apreciación técnica del órgano evaluador con el conocimiento necesario que deben tener los licitadores a la hora de elaborar sus ofertas.

Lo mismo cabe afirmar respecto a la escala de puntuación donde mantener, como se consigna en el PCAP, que la puntuación se repartirá en función de si las mejoras son o no significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales, resulta un criterio sumamente amplio e indeterminado que no permite a los



licitadores ni conocer qué aspectos serán finalmente valorados, ni cuales serán pautas a seguir para la valoración de las ofertas. Ello conculca los principios que rigen la contratación pública por lo que procede considerar la nulidad de estos criterios de adjudicación y la estimación de esta pretensión de la recurrente.

SÉPTIMO. En segundo lugar, la recurrente combate los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor en las agrupaciones 5, 7, 8, 10 y 14.

Procede pues, transcribir del PCAP los criterios objeto de impugnación, previo al análisis de los mismos:

“2.2. Para las agrupaciones 5, 7, 8, 10, y 14.

2.2.1. Nivel de la valoración funcional. Ponderación: de 0 a 15 puntos.

*En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación: el **Plan de Formación** a los profesionales de los centros hospitalarios. Igualmente se valorará cualquier **aspecto logístico** y de **prestaciones adicionales** relacionadas con el objeto del contrato que favorezca la obtención de resultados óptimos para profesionales y pacientes.*

Escala de puntuación:

Muy Bueno: *El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta mejoras significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. De 11 a 15 puntos.*

Bueno: *el artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta alguna mejora en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Entre 7 puntos e inferior a 11 puntos.*

Adecuado: *el artículo ofertado cumple las características técnicas solitadas y no presenta mejoras en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Entre 5 puntos e inferior a 7 puntos.*

Inadecuado: *el artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas pero presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnicos-funcionales objeto de valoración. De 0 puntos e inferior a 5 puntos.*



Umbral mínimo para estas agrupaciones: 5 puntos. Si la puntuación obtenida por una oferta en este criterio de adjudicación es inferior al umbral mínimo, dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

2.2.2. Mejoras. Los licitadores presentarán ofertas de equipamiento electromédico, complementario con la actividad clínica a desarrollar con los productos comprendidos en el objeto del contrato, especificando el tipo de equipo ofertado, referencia, marca, modelo, identidad del fabricante, precio de venta sin I.V.A. en el mercado a fecha de presentación de la oferta, siendo el plazo de cesión de dichos equipos no inferior a la duración del contrato. Se ponderará el valor económico de los equipos ofertados, con sus prestaciones técnicas, utilidad, funcionalidad, y adecuación a la actividad clínica relacionada con los productos comprendidos en el objeto del contrato. El límite económico máximo de los productos ofertados para ser valorados es del 30% del presupuesto de licitación de la agrupación de lotes. Ponderación de 0 a 5 puntos”.

La recurrente reitera, con respecto al primero de los criterios de adjudicación, que se repiten en este segundo grupo los mismos vicios que se habían denunciado anteriormente -ya que este primer criterio es igual en ambos supuestos-, con la diferencia de que aquí tiene una ponderación inferior al habersele otorgado un peso de 15 puntos.

Con respecto al segundo criterio, denominado “2.2.2. Mejoras”, expone la recurrente que de la configuración establecida en los pliegos no se puede inferir el tipo de equipamiento electromédico que le permitiría obtener puntuación comprendida entre los 0 y los 5 puntos con que pueden resultar puntuadas estas mejoras. Considera que ello supone una grave vulneración del principio de seguridad jurídica, que debe conllevar la nulidad de este criterio y por tanto la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

La recurrente expone que las infracciones alegadas suponen una violación de lo dispuesto en el TRLCSP y del principio de transparencia por parte del PCAP ya que no permite conocer cuáles serán las concretas reglas de valoración de los



criterios subjetivos, reglas que quedan relegadas -a su juicio- a la libre elección de la Administración en el momento de proceder a valorar las ofertas.

El órgano de contratación con respecto al *plan de formación, a los aspectos logísticos y prestaciones adicionales*, reitera los mismos argumentos emitidos con respecto a los lotes y agrupaciones anteriores.

Con referencia a las mejoras, expone que se encuentran suficientemente determinadas en los pliegos y que además se fija un límite económico para la obtención de la puntuación máxima “*el 30% del presupuesto de licitación de la agrupación de los lotes*” Aduce que se solicita para hacer la valoración que el licitador señale los siguientes datos: tipo de equipamiento, marca, modelo, identidad del fabricante y precio de venta sin IVA en el mercado a la fecha de presentación de la oferta.

Entrando ya a resolver sobre el objeto de la controversia y con respecto a la impugnación del criterio “*valoración funcional*”, donde se valoran los aspectos denominados *plan de formación, cualquier aspecto logístico y de prestaciones adicionales*, procede reiterar lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior ya que nos encontramos con un supuesto de hecho que únicamente difiere en la puntuación que se otorga al criterio, que en lugar de 20 puntos recibe 15.

La recurrente también combate en su escrito de recurso el criterio “*mejoras*” al que se le otorga una puntuación de 5 puntos; considera que se desconoce qué equipamiento electromédico permitirá ser valorado en este apartado, así como los factores que determinarán la obtención de puntuación comprendida entre los 0 y los 5 puntos.

Sobre una cuestión muy similar a la que aquí se trata ya ha tenido la ocasión de manifestarse este Tribunal; así en un supuesto en el que se impugnaba el criterio de adjudicación denominado “*cesión de uso de bienes no consumibles*” en nuestras Resoluciones 175/2015 y 179/2015 ambas de de 12 de mayo, se



manifiesta “(...) hemos de señalar que el criterio redundante en una mejora de tipo económico toda vez que, durante la vigencia del contrato, el órgano de contratación podrá hacer uso gratuito de bienes no consumibles necesarios para la administración de sueros a los pacientes. Siendo ello así, deviene necesario analizar si el criterio establece los requisitos, límites, modalidades y características que permitan la identificación clara de la mejora a valorar.

Pues bien, el PCAP se refiere genéricamente a «bienes no consumibles relacionados con el objeto del suministro» sin identificar cuáles son los mismos a efectos de su posible valoración, identificación que deviene aún más necesaria cuando el criterio es de evaluación automática, y ello, a fin de evitar cualquier juicio o consideración subjetiva sobre la propia admisión del bien ofertado en orden a su valoración conforme a este criterio.

Por otro lado, no puede darse la razón a la recurrente cuando afirma que el PCAP no fija el valor máximo del bien cedido que obtendrá la mayor puntuación y ello por cuanto ese valor máximo conforme a la fórmula del PCAP es el que coincida con el presupuesto de licitación. Ahora bien, el PCAP no establece cómo ha de determinarse o calcularse ese valor máximo, y en este punto, no puede admitirse la alegación del órgano de contratación de que será el que señale el licitador en su oferta, pues ni esto se dice expresamente en el pliego, ni puede darse tal margen de libertad al licitador para fijar el valor de sus bienes.

Es por ello que se impone también en este caso la anulación del criterio por dos motivos: la falta de determinación de los bienes no consumibles objeto de valoración y la ausencia en el pliego de parámetros objetivos para la determinación del valor de los bienes no consumibles ofertados.”

Lo dicho anteriormente resulta igualmente aplicable al presente supuesto, donde efectivamente no se identifican los bienes que serán objeto de valoración, sin que se pueda admitir como válida la simple concreción que se realiza en el



PCAP de que sea *“equipamiento electromédico, complementario con la actividad clínica a desarrollar con los productos comprendidos en el objeto del contrato”*, puesto que ello podría habilitar la presentación de ofertas que incluyeran bienes que, aun relacionados, no estuvieran directamente vinculados al objeto del contrato, y ello conculcaría el artículo 150.1 del TRLCSP que exige que los criterios de adjudicación se hallen directamente vinculados con el objeto del contrato

Por tanto procede la estimación de este alegato del recurso, por el que el órgano de contratación tendrá que modificar el criterio de adjudicación denominado *“mejoras”* con la finalidad de incluir el concreto equipamiento que, guardando directa vinculación con el objeto del contrato, sea susceptible de inclusión en la oferta.

Con respecto a la valoración del equipo electromédico la recurrente combate, como en los anteriores alegatos, la falta de concreción de los factores que determinarán la obtención de la puntuación comprendida entre los 0 y 5 puntos.

Como anteriormente hemos aludido, al determinar la graduación en la valoración de la mejora se establece en el PCAP que *“se ponderará el valor económico de los equipos ofertados, con sus prestaciones técnicas, utilidad, funcionalidad, y adecuación a la actividad clínica relacionada con los productos comprendidos en el objeto del contrato”* al que se le atribuyen cinco puntos.

Sobre la determinación de los criterios de adjudicación y con motivo de la determinación de los subcriterios, ya se ha manifestado este Tribunal en reiteradas ocasiones, así en su Resolución 238/2015, de 29 de junio, se afirma que *“el establecimiento de subcriterios de valoración dentro de los criterios de adjudicación no es una obligación del órgano de contratación y dependerá, en mayor o menor medida, de la propia descripción del criterio y de la*



ponderación asignada al mismo. En tal sentido, no es lo mismo definir un criterio de adjudicación con carácter general, lo que obviamente exigirá un desglose de los aspectos o subcriterios a considerar en su valoración, que definir el criterio desde el principio con el detalle de todos los aspectos que se van a tomar para su evaluación.

Por otro lado, no es lo mismo asignar a un criterio dependiente de un juicio de valor una ponderación de 40 puntos que una de 10 ó 6 puntos, por señalar un ejemplo”.

Resulta también de interés invocar aquí lo mantenido por este Tribunal en varias resoluciones -por todas la Resolución 139/2014, de 23 de junio- “(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.”

Asimismo, la Resolución 416/2015, de 8 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recogiendo doctrina anterior del mismo Órgano, señala que “El artículo 150.2 del TRLCSP hace referencia expresa a la posibilidad de incluir criterios de adjudicación no valorables mediante la mera aplicación de fórmulas (criterios subjetivos). En el presente lote los criterios valorables como juicios de valor tienen una ponderación del 5 % en relación a los criterios valorables mediante aplicación de fórmulas (35%) y el precio (65 %) por lo que el riesgo a la disparidad y arbitrariedad a la que alude el recurrente difícilmente se puede sostener.

(...) Pues bien tal y como hemos visto el grado de concreción de estos criterios es suficiente para que se cumpla el principio de igualdad y que el licitador se oriente a la hora de formular su oferta. No solo por su peso relativo en el conjunto de criterios y su ponderación (cinco puntos frente a 100) sino por su configuración con una cierta determinación a razón de un punto por criterio y



si bien hay tres de ellos que dejan un cierto margen de discrecionalidad en la futura actuación de los órganos de contratación, no puede llegarse a la conclusión que en base a los mismos se impide a los licitadores formular en este momento sus ofertas con un grado suficiente de conocimiento, que es lo que ante todo debe evitarse”.

En el presente supuesto, este Tribunal considera que la determinación que hace el órgano de contratación de las mejoras es adecuada -con la salvedad que se expondrá a continuación- teniendo en cuenta la ponderación que recibe el criterio -5 puntos-. En este sentido, se estima suficiente el desarrollo del criterio en lo que respecta a la determinación de que la puntuación se otorgará en función del *valor económico de los equipos, prestaciones técnicas, utilidad y funcionalidad*, sin embargo, no se considera admisible el aspecto “*adecuación a la actividad clínica relacionada con los productos comprendidos en el objeto de contrato*”, puesto que como hemos venido argumentando el órgano de contratación deberá establecer los equipos que -vinculados con el objeto del contrato- sean susceptibles de presentación por los licitadores a efectos de mejora; por tanto, partiendo de la base de que deben ser equipos estrechamente vinculados al objeto del contrato y entendiendo que todos ellos deben ser evidentemente adecuados, no resulta lógico que ello sea susceptible de valoración.

Por todo lo anterior, procede la estimación parcial del motivo de recurso analizado, al considerar que el PCAP incurre en vicio de nulidad en lo relativo a la configuración del criterio “*valoración funcional*” y “*mejoras*” respecto a las agrupaciones 5, 7, 8, 10 y 14 en los términos manifestados en este Fundamento de Derecho.

OCTAVO. Además de lo anterior la recurrente expone en su escrito de recurso que en el criterio denominado “*mejoras*” se incluyen una serie de prestaciones que son ajenas al objeto del contrato y que suponen la financiación irregular de otras actividades administrativas extrañas al contrato de suministro que



desvirtúan la finalidad y el objeto de la contratación pública.

El órgano de contratación argumenta en primer lugar que lo que es objeto de valoración es la cesión de equipamiento durante el tiempo que dure el contrato, sin que en ningún caso la propiedad del mismo pase a ser de la Administración. Por otro lado, expone que dicho tipo de mejoras o bonificaciones quedan expresamente contempladas y establecidas por las Instrucciones normalizadas por el Servicio Andaluz de Salud, mediante Circular 2015/07, de 30 de abril de 2007, sobre directrices en materia de incentivos en los contratos de suministro de productos, en el que se contemplan de forma precisa y clara las bonificaciones que se pretenden.

Entiende por tanto el órgano de contratación que no existen en este supuesto las causas de nulidad esgrimidas por la recurrente, ya que los pliegos contienen todas las previsiones necesarias para que se dé una adecuada valoración y ponderación de las ofertas que presenten los licitadores.

De todo lo anterior, este Tribunal infiere que la recurrente cuestiona el uso de este tipo de mejoras, en cuanto considera que no están relacionadas con el objeto del contrato y que suponen una financiación irregular.

Sobre esta cuestión, debemos señalar que la Doctrina viene reconociendo el uso de este tipo de mejoras siempre que se cumpla el resto de requisitos analizados anteriormente. En concreto, resulta de interés el anteriormente mencionado Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, 59/09, de 26 de febrero de 2010 que, con ocasión de la cuestión relativa a si es posible establecer como criterio de adjudicación, en un contrato de obras, la valoración de la ejecución adicional de obras gratuitas -supuesto similar al que aquí se trata- manifestaba; *“Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera: 1. Que es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista. 2. 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”.

Además, sobre la viabilidad de establecer este tipo de mejoras en el PCAP, ya ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal, así en nuestra Resolución 240/2015, de 29 de junio, y con ocasión del análisis de la conformidad a derecho del criterio de adjudicación consistente en “*la cesión de uso de bienes no consumibles directamente vinculados con el objeto del contrato*” en concreto “*Se asignarán 20 puntos a aquellas empresas que oferten la cesión de uso de una mesa de anestesia según lo previsto en el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas, no asignándose puntuación alguna en caso de no ofertarse la cesión*”, se concluyó que “*No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido*”.



Por tanto y visto que este tipo de mejoras son admisibles siempre que se encuentren directamente vinculadas al objeto del contrato, en el presente supuesto, en el que como hemos venido argumentando no se han designado de una manera precisa qué mejoras son objeto de valoración, resulta evidente que no se cumpliría este requisito, puesto que se valora un equipamiento complementario que ha sido determinado de forma abstracta. Valga a modo de ejemplo la conclusión a que llegó este Tribunal ante un supuesto similar, en la aludida Resolución 240/2015, a la hora de analizar la admisibilidad del criterio de adjudicación por el que se valoraba la cesión de una mesa de anestesia y en la que se acordó su anulación por no tener directa vinculación con el objeto del contrato -un suministro-. Dicho lo cual, no se puede más que dar la razón a la recurrente, ya que la configuración actual del pliego impide a los licitadores conocer qué equipamiento será objeto de valoración, dejando para una fase posterior del procedimiento la determinación de los equipos a valorar, situación que como hemos venido argumentando no se puede permitir.

Visto lo anterior, procede la estimación parcial de este alegato del recurso ya que, si bien se podrán establecer como mejoras determinadas prestaciones gratuitas, éstas habrán de tener una vinculación directa con el objeto del contrato y encontrarse, como se ha indicado, detallados en el PCAP sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, requisitos que como hemos venido argumentando no se dan en el presente supuesto.

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 **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones



técnicas que rigen la licitación denominada “*Suministro de material de osteosíntesis para los centros sanitarios de la plataforma de logística sanitaria de Cádiz*” (Expte. CCA. C8+XPZZ), convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar y, en consecuencia, anular el acto impugnado con retroacción de 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 los fundamentos de derecho sexto, séptimo y octavo 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 provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación, que fue acordada por este Tribunal en Resolución 10 de diciembre de 2015.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos 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.

