

**Recurso 86/2018****Resolución 117/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de mayo de 2018

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis, arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, con destino a los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 00007/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 28 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 7 de diciembre de 2015, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 292 y el 30 de noviembre de 2015, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El 18 de diciembre de 2015, se presentó recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado.

El citado recurso fue resuelto por este Tribunal mediante la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que estimó el mismo y acordó la anulación de los anuncios de licitación publicados en el DOUE, BOE y perfil, así como de determinados apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Mediante Resolución, de 1 de marzo de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar se acuerda el cumplimiento en sus propios términos de la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, de este Tribunal.

**SEGUNDO.** El 15 de abril de 2016, se publicó el anuncio de la nueva licitación en el DOUE y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Asimismo, el 30 de abril de 2016, el anuncio fue publicado en el BOE núm. 104.

El 4 de mayo de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal nuevo recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENIN contra el anuncio y los nuevos pliegos que rigen la contratación citada, que fue estimado parcialmente en la Resolución 151/2016, de 1 de julio.

Mediante Resolución, de 12 de julio de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar se acuerda el cumplimiento en sus propios términos de la Resolución 151/2016, de 1 de julio, de este Tribunal.

**TERCERO.** El anuncio de la nueva licitación del contrato se publicó el 24 de febrero de 2018 en el DOUE, el 26 de febrero de 2018 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 9 de marzo de



2018, en el BOE núm. 60.

El valor estimado del contrato asciende a 8.121.734,40 euros. Asimismo, entre las empresas licitadoras se encuentra la ahora recurrente.

**CUARTO.** 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 Legislativo 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 por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**QUINTO.** El 19 de marzo de 2018, se presentó en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía escrito de recurso especial en materia de contratación por parte de BAXTER S.L. (BAXTER, en adelante) contra los pliegos que rigen el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

**SEXTO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 20 de marzo de 2018, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La citada documentación se recibió en este Tribunal el 22 de marzo de 2018, a excepción del listado de licitadores que se envió con posterioridad, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas.

**SÉPTIMO.** El 5 de abril de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.



**OCTAVO.** Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 10 de abril de 2018, se dio traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo señalado.

## **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 empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP conforme al cual *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

**TERCERO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

En el supuesto analizado se impugnan los pliegos que rigen la licitación de un contrato mixto de suministro y servicios con prevalencia del primero, sujeto a regulación armonizada y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.



**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel 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 supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 9 de marzo de 2018, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el BOE, habiéndolo sido antes en el DOUE y en el perfil de contratante. En consecuencia, el primer día en el cómputo del plazo es el 10 de marzo, por lo que se ha interpuesto en plazo el recurso presentado el 19 de marzo de 2018.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la cuestión de fondo. BAXTER solicita la anulación de los pliegos que rigen la contratación y fundamenta su pretensión en varios motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en los siguiente.

Por su parte, el órgano de contratación aduce, con carácter previo, la irrecurribilidad del acto al haber quedado confirmado en resoluciones anteriores de este Tribunal. En tal sentido, manifiesta que los alegatos de la recurrente son, en unos casos, reiteración de otros ya esgrimidos por FENIN -federación de empresas que representa los intereses de la ahora recurrente- con ocasión de los recursos contra dos pliegos anteriores del mismo expediente de contratación y que solo fueron estimados parcialmente por este Tribunal y, en otros casos, se refieren a cláusulas que son reproducción de las que ya



figuraban en los anteriores pliegos, las cuales no fueron impugnadas con ocasión de tales recursos. En tal sentido, se remite al criterio adoptado por este Tribunal en la Resolución 151/2016, de 1 de julio, a propósito de un recurso contra los pliegos anteriores de esta misma contratación.

Pues bien, sobre tal cuestión previa suscitada por el órgano de contratación, hemos de manifestar que, en efecto, la Resolución 151/2016, de 1 de julio, de este Tribunal, con apoyo en otras anteriores de este Órgano, vino a señalar que *“La recurrente pudo impugnar la citada cláusula inserta en el PCAP de la primera convocatoria, pero no lo hizo en aquel momento. Es con posterioridad, una vez que el contenido del pliego en este aspecto controvertido ha quedado firme -y aprovechando la publicación de unos nuevos pliegos en cumplimiento de la resolución del Tribunal ante mencionada-, cuando decide interponer el recurso contra aquella.*

*No obstante, conviene recordar que los pliegos examinados por este Tribunal en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, y los ahora impugnados son actos distintos pero no autónomos, pues los segundos son reproductorios parcialmente de los primeros -al menos en el extremo ahora combatido en el presente recurso- y se enmarcan en el ámbito de la misma contratación.*

*Por tanto, si fuese permitido este proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, sino que podría reabrirse cada vez que concurrieran circunstancias como la aquí examinada, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución”.*



Ahora bien, el examen de si concurre este supuesto de inadmisión del recurso, por tratarse los pliegos ahora impugnados -en los particulares extremos combatidos- de actos que son reproducción de pliegos anteriores ya firmes y consentidos, no puede abordarse con carácter general, sino ante el análisis de cada una de las cláusulas de los nuevos pliegos objeto de impugnación, debiendo, a la hora de aplicar este criterio, prestar especial atención al hecho de que dichas cláusulas no hayan experimentado modificación alguna en cuanto a su redacción en los nuevos pliegos recurridos, pues cualquier alteración en el contenido de la nueva cláusula respecto a la anterior definitiva y firme impediría apreciar la inadmisión de este recurso especial con apoyo en la previsión del artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) *“No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.”*

Es por ello que debe procederse al examen de cada uno de los motivos en que se fundamenta el recurso.

**SEXTO.** En un primer motivo, BAXTER combate el criterio de adjudicación n.º 2 “valoración funcional” establecido en el apartado 13 del cuadro resumen del PCAP, que es de evaluación no automática y está dividido en varios subcriterios, solicitando la nulidad de cada uno de estos subcriterios y por ende del criterio de adjudicación que los agrupa, sobre la base de su falta de transparencia y de la inseguridad jurídica que generan a los licitadores.

Así, la recurrente comienza impugnando el primer subcriterio de adjudicación denominado “2.1. Nivel de la valoración funcional”, aplicable a los lotes 1 a 6 (que comprenden el suministro del material sanitario fungible necesario para los servicios de hemodiálisis) y ponderado con un máximo de 15 puntos, según el siguiente tenor:



*“En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación: la calidad del material objeto del suministro, la composición, medidas, dimensiones y los parámetros de calidad de los artículos ofertados y la facilidad de aplicación y de uso, así como otros parámetros relacionados con el manejo y compatibilidad de los artículos objetos de contratación.*

*En particular, para los lotes 1 y 2: se medirá la calidad y tipo de membrana ofertada.*

#### *Escala de puntuación*

##### *NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL*

*MUY BUENO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta ventajas muy significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Superior a 10 puntos y hasta 15 puntos.*

*BUENO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta alguna ventaja en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración, si bien el conjunto de la oferta es inferior a la calificada como muy buena. Superior a 5 puntos e inferior a 10 puntos.*

*ADECUADO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta alguna leve ventaja en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Superior a 1 puntos e inferior a 5 puntos.*

*ACEPTABLE: La oferta técnica cumple las características técnicas solicitadas y la única ventaja que presenta es la compatibilidad y adaptación con los equipos existentes. 1 punto.*

*OFERTA MÍNIMA: La oferta técnica únicamente cumple los mínimos detallados en cuanto a las características cuya valoración se ha enunciado, sin aportar ninguna ventaja, y tampoco es compatible o adaptable con los equipos existentes. 0 puntos.*

**UMBRAL MÍNIMO: 1 PUNTO.**

*Justificación de no superar el umbral:*

*- El artículo ofertado presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*

*- El artículo ofertado no cumple las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen, el PCAP o el PPT, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*



*- El artículo ofertado no es compatible o no se adapta con los equipos existentes, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa”.*

BAXTER esgrime que existe una inconcreción absoluta de los aspectos a valorar (no se especifica qué materiales ostentan la mayor calidad para el órgano de contratación, qué composición deben tener, qué medidas alcanzarán la mayor puntuación o qué otros parámetros relacionados con el manejo y compatibilidad de los artículos serán valorados), sin que se determine tampoco la relevancia o importancia de cada uno de dichos aspectos, o si han de cumplirse uno o todos, ni qué puntuación se otorga a cada uno. Asimismo, señala que tal indeterminación es predicable igualmente de las escala de puntuación establecida para el subcriterio, toda vez que no se precisa qué son “ventajas muy significativas”, “alguna ventaja” o “leve ventaja”, lo que otorga excesiva discrecionalidad técnica al órgano de contratación a la hora de valorar las ofertas, con infracción de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

En el informe al recurso, el órgano de contratación aduce que el subcriterio impugnado es reproducción del establecido en el PCAP anterior, que solamente fue anulado por la Resolución 151/2016, de 1 de julio, de este Tribunal, en cuanto a la calificación de “adecuado” contenida en la escala de puntos. Por tanto, considera dicho órgano que el nuevo pliego, en el subcriterio en cuestión, ha dado adecuado cumplimiento al mandato del Tribunal manteniendo los grados “muy bueno” y “bueno” aunque con distinta puntuación y modificando la redacción de los restantes niveles en los extremos afectados por la anulación acordada por el Tribunal.

Pues bien, entrando ya en el examen de la cuestión, es cierto que el subcriterio en cuestión es reproducción parcial del establecido en el pliego anterior, cuyo examen fue abordado en la Resolución 151/2016, de 1 de julio, de este Tribunal que estimó parcialmente el motivo y anuló el subcriterio solo en cuanto a la calificación de “adecuado” de la escala de puntuación establecida en el PCAP. De



este modo, en el subcriterio del nuevo pliego se ha modificado la redacción de aquellos extremos anulados en el anterior subcriterio, manteniéndose prácticamente igual el contenido en los restantes aspectos que este Tribunal consideró ajustados a derecho; no obstante, aun cuando los parámetros de ponderación de las proposiciones se mantienen idénticos en la nueva redacción, la escala de puntuación experimenta ciertos cambios que no obedecen solamente al cumplimiento de la Resolución 151/2016 de este Tribunal. En tal sentido, no solo se modifican las puntuaciones de las calificaciones no afectadas por el anterior recurso, sino que se sustituyen expresiones del anterior pliego como “mejoras significativas” o “alguna mejora” por “ventajas muy significativas” o “alguna ventaja”, elementos todos ellos que conducen a concluir que no estamos “*strictu sensu*” ante un acto reproducción de otro anterior definitivo, lo que determina que el nuevo subcriterio del pliego pueda ser combatido en el recurso ahora examinado.

Ahora bien, también hay que indicar que los argumentos en que BAXTER funda su pretensión ya fueron esgrimidos por FENIN en el anterior recurso contra los pliegos de esta contratación y fueron desestimados en la Resolución 151/2016, de 1 de julio, cuyos razonamientos permiten apoyar, igualmente, la desestimación del motivo aquí analizado. Asimismo, hemos de indicar que pretensiones como la ahora analizada también han sido examinadas, resueltas y desestimadas por este Tribunal tanto en resoluciones anteriores -v.g. 175/2015, de 12 de mayo- como posteriores -Resolución 137/2017, de 30 de junio-, a cuya fundamentación se ha de estar, igualmente, para la resolución de la presente controversia.

En tal sentido, como ya se ha manifestado en las resoluciones citadas, el artículo 150 del TRLCSP establece que los criterios de adjudicación han de estar directamente vinculados al objeto del contrato, debiendo detallarse los mismos con su ponderación en el anuncio y en el PCAP. Asimismo, la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores que consagra el artículo 1 del TRLCSP exigen que los



criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación.

Ahora bien, el propio artículo 150 del TRLCSP distingue entre criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas y criterios que dependen de un juicio de valor, prevaleciendo en estos últimos el juicio técnico de un órgano especializado emitido sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador.

Como ya manifestó este Tribunal en su Resolución 24/2012, de 14 de marzo, siguiendo doctrina ya sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.”* Esta doctrina compartida por todos los Tribunales de recursos contractuales es constante y reiterada, muestra de ello es que se mantiene en resoluciones relativamente recientes como la 460/2017, de 26 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

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



Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la Resolución 139/2014, de 23 de junio, que *“(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.”*

Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que *“Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática”*.

En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. (...) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica”*.

En el supuesto sometido a examen de este Tribunal se observa que el criterio cuestionado, a saber el “nivel de la valoración funcional”, contempla como



aspectos susceptibles de evaluación, *“la calidad del material objeto del suministro, la composición, medidas, dimensiones y los parámetros de calidad de los artículos ofertados y la facilidad de aplicación y de uso, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objetos de contratación”*.

Asimismo, se aprecia que la ponderación del criterio viene establecida mediante una escala en la que se asignan rangos de puntuación en función de las calificaciones de muy bueno (superior a 10 puntos y hasta 15 puntos), bueno (superior a 5 puntos e inferior a 10 puntos), adecuado (superior a 1 punto e inferior a 5 puntos), aceptable (1 punto) y oferta mínima (0 puntos), estableciéndose como pauta para cada una de estas calificaciones la presentación de ventajas muy significativas, de alguna ventaja, de alguna leve ventaja, de una única ventaja consistente en la compatibilidad y adaptación con los equipos existentes y por último, de ninguna ventaja ni compatibilidad o adaptación con los equipos existentes.

Es por ello que no puede darse la razón a la recurrente cuando afirma que el criterio se define de modo genérico, sin establecer reglas concretas de valoración. Al contrario, en el PCAP se definen los aspectos técnico-funcionales a tener en cuenta en la evaluación del criterio. Asimismo, también se precisa la escala de puntos a asignar en función de que las ofertas presenten más o menos ventajas o ninguna en los aspectos descritos. Ello, a juicio de este Tribunal, permite delimitar la valoración posterior de las ofertas en el curso del procedimiento de adjudicación, acotando el ámbito de discrecionalidad del órgano técnico evaluador que cuenta, por un lado, con unos aspectos o elementos a tener en cuenta en su función evaluadora y por otro, con unas reglas preestablecidas para la asignación de puntos.

Sobre esta base, y tratándose de un criterio sujeto a un juicio de valor, debe poder admitirse un margen de apreciación técnica en el órgano evaluador para discernir cuando una oferta presenta ventajas significativas o cuando no. Por



ello, tampoco puede darse la razón a BAXTER cuando esgrime que se desconoce cómo se aplicará la escala de puntuaciones al no determinarse qué son “ventajas muy significativas”, “alguna ventaja” o “leve ventaja”. Al respecto, no debe olvidarse, primero, que estamos ante un criterio técnico sujeto a juicio de valor, segundo, que la comisión evaluadora está formada por personal técnico especializado a quien se presume conocimiento necesario para discernir una ventaja significativa de otra que no lo es, y tercero, que objetivamente el término “significativo” alude a “importante”. Ello lleva a concluir que los conceptos que permitirán clasificar las ventajas en uno u otro nivel se definen de un modo claro en el PCAP, otra cosa es que la apreciación de si una oferta presenta una u otra ventaja merezca el juicio técnico del órgano evaluador, pues para tal fin se ha configurado el criterio como evaluable mediante juicio de valor.

No puede acogerse, pues, el alegato de la recurrente sobre el excesivo margen de discrecionalidad que se concede al órgano evaluador con la redacción del criterio y tampoco que los licitadores desconozcan, a la hora de preparar sus ofertas, qué elementos de las mismas serán valorados y de qué modo. El PCAP recoge tanto esos elementos -al detallar los aspectos técnico-funcionales evaluables- como las reglas de valoración -en forma de escala de puntos por niveles de valoración funcional-.

Otra cosa es que los licitadores desconozcan a priori la concreta puntuación que recibirán en el criterio, pero ello no vulnera los principios de transparencia e igualdad de trato, pues de otro modo sería imposible conciliar tales principios con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor. No se olvide que la peculiaridad de estos es precisamente que, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos, no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración.



Con base en las consideraciones realizadas, procede, pues, desestimar este primer alegato del recurso frente al subcriterio 2.1 “Nivel de la valoración funcional” dentro del criterio sujeto a juicio de valor “Valoración funcional”.

**SÉPTIMO.** Asimismo, BAXTER impugna, dentro del criterio de evaluación no automática “Valoración funcional”, el subcriterio 2.2 denominado “Mejoras” que es aplicable a los lotes 1 a 6 del contrato y está ponderado con un máximo de cinco puntos. Su tenor literal es el siguiente:

*Los licitadores podrán presentar ofertas sobre los equipos que a continuación se detallan, considerados complementarios con la actividad clínica a desarrollar con los productos comprendidos en el objeto del contrato; en concreto:*

- *Plantas de agua portátil para la conducción de red de agua ultrapura a los centros vinculados al contrato, hasta un máximo de 6. De 0 a 4 puntos*
- *Aportación de sillones para pacientes en sesiones de diálisis, hasta un máximo de 70. De 0 a 1 punto.*

*Para ello se deberá especificar 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.*

*La valoración se realizará teniendo en cuenta el plazo de cesión y número, siempre que los mismos se consideren adecuados a la práctica clínica en función de sus prestaciones técnicas, utilidad y funcionalidad.*

*El límite económico máximo de los productos ofertados para ser valorados es del 30% del presupuesto de licitación del contrato.*

*\* Una vez adjudicado el contrato, sobre las mejoras ofertadas se aplicará el porcentaje detallado en el PCAP en función del número de adjudicatarios (ver simulación del criterio de mejoras)”.*

La recurrente aduce que tales mejoras no han sido recogidas en el anuncio publicado en el DOUE ni en el perfil de contratante como exige el artículo 147 del TRLCSP, por lo que han de tenerse por no puestas en los pliegos rectores de la licitación.



En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que en los dos recursos anteriores contra los pliegos de esta licitación no fue combatido este extremo, siendo los anuncios idénticos en este aspecto. Además, señala que las mejoras establecidas en el pliego han sido configuradas como criterio de adjudicación, siendo así que el artículo 45 de la Directiva 2014/24/UE, con efecto directo al tratarse de un precepto claro, preciso e incondicionado, solo prevé la indicación en el anuncio de la autorización de variantes.

Al respecto, hemos de partir del hecho de que BAXTER no cuestiona el PCAP en lo relativo a las mejoras previstas en el mismo como criterio de adjudicación; solo ataca la circunstancia de que el anuncio no haga mención a las mismas tal y como, a su juicio, exige el artículo 147 del TRLCSP. Por tanto, la impugnación afecta, en realidad, al anuncio y no al pliego, siendo así que su eventual estimación determinaría la anulación de la convocatoria de la licitación publicada en el DOUE, BOE y perfil de contratante, pero no el efecto pretendido por la recurrente de que las mejoras del pliego se tengan por no puestas.

Pues bien, realizada la aclaración anterior, se ha de indicar que asiste razón a la recurrente cuando afirma que las mejoras deberían haberse indicado en el anuncio de licitación -lo que no se ha hecho- y ello, no solamente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 147 del TRLCSP como sostiene BAXTER, sino también porque dichas mejoras se configuran como un criterio de adjudicación y de conformidad con el artículo 150.5 del TRLCSP *“Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse”*.

No obstante, como afirma el órgano de contratación, las mejoras se habían previsto en los dos pliegos de las licitaciones anteriores sin que los anuncios respectivos hicieran indicación sobre las mismas y sin que tal extremo fuera objeto de impugnación anterior, debiendo entender que dichos anuncios en el aspecto ahora controvertido quedaron como actos definitivos y firmes, no



pudiendo reabrirse ahora el debate con ocasión de la publicación de los nuevos anuncios y ello por razones elementales de seguridad jurídica.

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, “(...) *las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. De este modo la finalidad que persigue este requisito procesal respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues concilia las exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica -que es, además, un principio constitucional (artículo 9.3 Constitución Española)- sin restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los posibles interesados en el acto, pues dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado.*”

Con base en lo expuesto, no puede acogerse el alegato de BAXTER respecto de las mejoras. A mayor abundamiento, aun cuando hubiese prosperado el motivo, el efecto únicamente podría haber sido la anulación de la convocatoria publicada al ser la misma el acto que infringiría lo dispuesto en los artículos 147 y 150 del TRLCSP, pero nunca podría haber prosperado la pretensión de la recurrente de que las mejoras descritas en el PCAP se tuvieran por no puestas, ni que dicho pliego debiera ser anulado por no haberse indicado las mejoras en el anuncio de la licitación.

**OCTAVO.** En el siguiente alegato del recurso se impugna, dentro del criterio de adjudicación de evaluación no automática “valoración funcional”, el subcriterio 2.3 “adecuación de la solución propuesta” que está ponderado con un máximo de 20 puntos y resulta de aplicación a los lotes 7 y 8 (arrendamiento y mantenimiento de 70 monitores). Su tenor literal es el siguiente:



*“En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación, los siguientes parámetros: la adecuación de la solución propuesta y su plan de instalación conforme a las características de los Centros de la provincia.*

*Para la valoración, se deberá presentar un Proyecto en el que se detalle la solución tecnológica ofertada, su adecuación a los Centros Sanitarios y un plan de instalación.*

*La valoración se realizará mediante comparación de las ofertas recibidas, clasificando cada una de las propuestas realizadas como muy buena, buena, aceptable y adecuada, asignándose la puntuación en función de las propuestas realizadas individualmente:*

*Escala de puntuación*

#### **NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL**

*MUY BUENA: la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y es la más adecuada, por presentar mejor programa y mayor número de actuaciones válidas concretas. Superior a 14 y hasta 20 puntos.*

*BUENA: la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y presenta un buen programa y un buen número de actuaciones válidas concretas en cuanto a los aspectos a valorar, si bien el conjunto de la oferta es inferior a la calificada como muy buena. Superior a 7 y hasta 14 puntos.*

*ADECUADA: la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y presenta un adecuado programa y un adecuado número de actuaciones válidas concretas en cuanto a los aspectos a valorar, con leves ventajas con respecto a la calificada como buena. Superior a 1 punto y hasta 7 puntos.*

*ACEPTABLE: la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio, su programa y número de actuaciones son aceptables, y la única ventaja que presenta es la compatibilidad y adaptación con los equipos existentes. 1 punto.*

*OFERTA MÍNIMA: la oferta técnica únicamente cumple los mínimos detallados en cuanto a las características técnicas de prestación del servicio, sin aportar ninguna ventaja, y tampoco es compatible o adaptable con los equipos existentes. 0 puntos.*

**UMBRAL MÍNIMO: 1 PUNTO.**

*Justificación de no superar el umbral:*



- *El proyecto para la prestación del servicio presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*
- *El proyecto para la prestación del servicio no cumple las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen, el PCAP o el PPT, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*
- *El proyecto para la prestación del servicio no es compatible o no se adapta con los equipos existentes, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa”.*

BAXTER solicita la nulidad del subcriterio expuesto sobre la base de la indeterminación absoluta de su redacción. En tal sentido, manifiesta que no se indican los elementos que han de conformar la solución más adecuada, ni el peso estimativo de cada apartado a la hora de realizar la valoración, ni sobre qué elementos se determina que una oferta sea muy buena, buena o adecuada. Insiste, pues, en que la indeterminación del subcriterio impide a los interesados conocer cómo serán valoradas sus ofertas.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que el subcriterio es válido al enunciarse tanto los aspectos a valorar como el método de valoración. Por tanto, a su juicio, los licitadores pueden conocer cómo serán valoradas sus ofertas y sobre qué elementos recaerá la evaluación: monitores, servicio de mantenimiento y su puesta en funcionamiento.

Pues bien, el subcriterio impugnado se ha establecido por primera vez en los pliegos de la nueva licitación, razón por la que no puede acogerse en este caso el alegato genérico previo del órgano de contratación sobre la irrecurribilidad del acto por ser reproducción de otro previo definitivo y firme.

Asimismo, se observa que, si bien la escala de puntuación para la valoración de las ofertas es similar en cuanto a sus diversas calificaciones a la del primer



subcriterio -cuya impugnación ha sido desestimada en el fundamento de derecho sexto de esta resolución-, no cabe decir lo mismo de los aspectos o parámetros que van a tenerse en cuenta para proceder a aquella valoración. En tal sentido, se menciona en el PCAP la adecuación de la solución propuesta y su plan de instalación conforme a las características de los centros; pero tal referencia no es un aspecto de valoración como la calidad, composición, medidas y facilidad de uso o manejo de los bienes (tal y como hemos analizado respecto al primer subcriterio), sino una mera indicación general que no arroja dato alguno sobre los aspectos o parámetros que permitirán determinar la adecuación a los centros sanitarios.

Ciertamente, en la escala de puntuación del subcriterio se alude, para determinar el grado de adecuación de la oferta, al programa y número de actuaciones válidas concretas *“en cuanto a los aspectos a valorar”*, pero en su redacción no se mencionan luego cuáles van a ser esos aspectos a valorar dentro de la solución propuesta y su plan de instalación, ni qué se entiende por actuaciones válidas concretas, todo lo cual determina la indefinición del criterio y la falta de concreción de los extremos que determinarán que una proposición sea más adecuada que otra.

En definitiva, pues, el subcriterio resulta vago e impreciso. De este modo, la indeterminación del pliego solo podrá ser concretada en la fase de valoración de las ofertas con un margen de discrecionalidad excesivo por parte del órgano de contratación, lo cual no se compadece con la transparencia y objetividad que debe presidir la valoración y ello, por mucho que estemos ante un subcriterio de evaluación no automática.

Como ya ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones (v.g. Resolución 48/2016, de 25 de febrero), *“el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no*



*permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración”.*

En el supuesto analizado, al no haberse concretado los parámetros de valoración de las ofertas en el subcriterio impugnado, procede estimar el alegato de la recurrente y anular el subcriterio en cuestión.

**NOVENO.** BAXTER impugna, a continuación, dentro del criterio de adjudicación de evaluación no automática “Valoración funcional”, el subcriterio 2.4 denominado “Memoria explicativa de la prestación del servicio” que está ponderado con un máximo de 20 puntos y resulta de aplicación únicamente al lote 9 (mantenimiento de las centrales depuradoras de agua de tratamiento de hemodiálisis de los Centros Sanitarios vinculados al contrato). El tenor del subcriterio es el siguiente:

*“En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación, los siguientes parámetros:*

- Informe técnico de reconocimiento previo de las instalaciones.*
- Memoria técnica de gestión propuesta para cada una de las instalaciones.*
- Medios técnicos y personales propuestos para la ejecución del servicio.*
- Plan de revisiones de Mantenimiento Preventivo y Técnico-legal Propuestos. Plan de mantenimiento correctivo.*

*La valoración se realizará mediante comparación de las ofertas recibidas, clasificando cada una de las propuestas realizadas como muy buena, buena, aceptable y adecuada, asignándose la puntuación en función de las propuestas realizadas individualmente:*



### *Escala de puntuación*

#### **NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL**

**MUY BUENA:** *la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y presenta mejor programa y mayor número de actuaciones válidas concretas en cuanto a los aspectos a valorar. Superior a 14 y hasta 20 puntos.*

**BUENA:** *la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y presenta un buen programa y un buen número de actuaciones válidas concretas en cuanto a los aspectos a valorar, si bien el conjunto de la oferta es inferior a la calificada como muy buena. Superior a 7 y hasta 14 puntos.*

**ADECUADA:** *la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y presenta un adecuado programa y un adecuado número de actuaciones válidas concretas en cuanto a los aspectos a valorar, con leves ventajas con respecto a la calificada como buena. Superior a 1 punto y hasta 7 puntos.*

**ACEPTABLE:** *la oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio, su programa y número de actuaciones son aceptables, y la única ventaja que presenta es la compatibilidad y adaptación con los equipos existentes. 1 punto.*

**OFERTA MÍNIMA:** *la oferta técnica únicamente cumple los mínimos detallados en cuanto a las características técnicas de prestación del servicio, sin aportar ninguna ventaja, y tampoco es compatible o adaptable con los equipos existentes. 0 puntos.*

#### **UMBRAL MÍNIMO: 1 PUNTO.**

#### **Justificación de no superar el umbral:**

- *La memoria para la prestación del servicio presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*
- *La memoria para la prestación del servicio no cumple las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen, el PCAP o el PPT, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*
- *La memoria para la prestación del servicio no es compatible o no se adapta con los equipos existentes, por lo que dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa”.*



Como en los anteriores alegatos, la recurrente vuelve a solicitar la nulidad del subcriterio sobre la base de que no es posible conocer cuál ha de ser la configuración y los elementos a ofertar para obtener una determinada puntuación, ni el peso relativo de cada uno de los cuatro apartados o cómo puede obtenerse la máxima puntuación o una puntuación intermedia.

Frente a tal motivo se alza el órgano de contratación manifestando que en la definición del criterio se enuncian con claridad los aspectos de la prestación que se tomarán en consideración para la valoración de las ofertas, así como el método de valoración de las mismas.

Al igual que el subcriterio de adjudicación analizado en el anterior fundamento de derecho, el ahora impugnado también se recoge por vez primera en los pliegos de esta nueva licitación, lo que impide estimar el alegato previo del órgano de contratación sobre el carácter irrecurrible del acto por ser reproducción de otro anterior ya firme.

Asimismo, si bien se establece una escala de puntuación para la valoración de las ofertas, nada se indica sobre los parámetros a tener en cuenta en la citada evaluación. En tal sentido, el PCAP menciona, como parámetros para la valoración de las proposiciones, el informe técnico de reconocimiento previo de las instalaciones, la memoria técnica de gestión propuesta o el plan de revisiones de mantenimiento, entre otros; pero tales extremos no son aspectos a considerar en la valoración, sino partes o elementos integrantes de la oferta misma, porque qué es si no un informe de reconocimiento de instalaciones, una memoria técnica o un plan de mantenimiento.

Además, al igual que ocurre en el subcriterio analizado en el fundamento de derecho anterior, las puntuaciones se asignan en función del programa y número de actuaciones válidas concretas *“en cuanto a los aspectos a valorar”*, pero sin especificarse después en la redacción del subcriterio cuáles son estos aspectos, es decir, qué cualidades del informe, memoria y plan de revisión de



mantenimiento se tomarán en consideración para proceder a su valoración, ni definirse qué se entiende por actuaciones válidas concretas.

Por tanto, así determinado el subcriterio, ha de darse la razón a la recurrente cuando esgrime que los licitadores no pueden conocer, a la hora de preparar sus proposiciones, cómo han de configurar las mismas o qué elementos tienen que ofertar para obtener una determinada puntuación, lo cual otorga una excesiva discrecionalidad al órgano técnico de la Administración a la hora de valorar aquellas, con clara vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato entre licitadores.

Es por ello que procede anular el subcriterio impugnado y estimar el alegato de la recurrente.

**DÉCIMO.** En el último motivo del recurso, BAXTER solicita la nulidad de la cláusula del pliego que determina la adjudicación compartida de la agrupación de lotes 1 a 8, ambos incluidos. Funda su pretensión en que tanto el PCAP como su cuadro resumen configuran el contrato como mixto, previendo que su adjudicación en procedimiento abierto se llevará a cabo de acuerdo con las normas previstas para los acuerdos marco celebrados con un único empresario. Por ello, a juicio de la recurrente, sorprende que la cláusula 1.2 del PCAP determine la posibilidad de adjudicar la agrupación de lotes a dos licitadores. Además, arguye que tampoco existe motivación alguna en los pliegos que justifique la adjudicación compartida a dos licitadores, ni esta es una posibilidad contemplada en el TRLCSP.

En el informe al recurso, el órgano de contratación sostiene que la cláusula 1.2 del PCAP cuestionada en el presente recurso ya figuraba en los dos pliegos anteriormente recurridos y fue consentida en ambas ocasiones, con la única diferencia de que en la redacción inicial se contemplaban como máximo tres adjudicatarios, pasando a ser dos en la nueva redacción del pliego. Con esta solución, sostiene el órgano de contratación que se abre un abanico de posibles



soluciones técnicas y se consigue una mejor adecuación de la oferta a las necesidades asistenciales. Asimismo, señala que no existe incoherencia entre la adjudicación compartida de la cláusula 1.2 del PCAP y la regulación del artículo 198 del TRLCSP relativo a la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, toda vez que la adjudicación de los contratos específicos se realizará dentro del porcentaje previsto en el PCAP.

En el examen de este último motivo debemos realizar una consideración previa apuntada por el órgano de contratación en su informe cuando manifiesta que la cláusula impugnada ya figuraba en los pliegos anteriores, siendo consentida en ambas ocasiones con la sola diferencia de que ahora se prevé la adjudicación compartida de la agrupación entre dos licitadores y en los anteriores pliegos la previsión era de adjudicación a tres licitadores.

Pues bien, como ya se ha expuesto en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, la inadmisión del recurso por tratarse los pliegos impugnados -en los particulares extremos combatidos- de actos que reproducen el contenido de pliegos anteriores ya firmes y consentidos, exige prestar especial atención al hecho de que las nuevas cláusulas recurridas no hayan experimentado modificación alguna en su redacción primitiva; de lo contrario, no puede concluirse que dichas cláusulas sean reproducción de otras anteriores definitivas y firmes y por ende, tampoco puede apreciarse la inadmisión del recurso con apoyo en la previsión del artículo 28 de la LJCA.

Pues bien, en el supuesto examinado, al haberse modificado -aun cuando sea mínimamente- el contenido de la cláusula 1.2 del PCAP objeto de impugnación, no puede ya acogerse la inadmisión del recurso sobre la base de que aquella es reproducción de otra anterior definitiva y firme.

Procede, pues, entrar en el fondo de la cuestión planteada en este último motivo. BAXTER aduce, en primer lugar, contradicción en el PCAP por cuanto el mismo prevé la adjudicación de este contrato mixto según las normas



previstas para los acuerdos marco celebrados con un único empresario, mientras que la cláusula 1.2 del PCAP determina la posibilidad de adjudicar la agrupación de lotes a dos licitadores.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, la contradicción es solo aparente. En tal sentido, no cabe olvidar que estamos ante un contrato mixto que comprende, de un lado, el suministro de material fungible necesario para realizar el servicio de hemodiálisis, y de otro, el arrendamiento y mantenimiento de 70 monitores, así como el mantenimiento de las centrales depuradoras de agua de tratamiento de hemodiálisis de los Centros Sanitarios vinculados al contrato.

Asimismo, la cláusula 1.1.2 del PCAP prevé que el suministro del material fungible *“se instrumentará conforme a lo establecido en el artículo 9.3.a) del TRLCSP”*, precepto legal que define este tipo de suministros como *“Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario”*.

Quiere ello decir que el suministro del material fungible sanitario de la presente licitación se adjudicará conforme a las normas establecidas para los acuerdos marco celebrados con un único empresario, o lo que es lo mismo, que el contrato formalizado con el adjudicatario de que se trate fijará las condiciones del suministro, de modo que las entregas sucesivas de bienes durante la vigencia de aquel se llevarán a cabo conforme a lo pactado, sin necesidad de celebrar un nuevo contrato cada vez que se vayan a adquirir bienes de dicho contratista en función de las necesidades de la Administración.

Lo anteriormente expuesto nada impide que el suministro del fungible conforme al artículo 9.3 a) del TRLCSP pueda formalizarse con varios



adjudicatarios, si es que se prevén varios lotes independientes o si -como ocurre en el supuesto examinado y sin prejuzgar la validez de la cláusula que ahora se examinará- se prevé la adjudicación del suministro a dos licitadores.

En definitiva, pues, no se aprecia la contradicción denunciada por BAXTER entre el contenido de la cláusula 1.2 del PCAP (adjudicación compartida de la agrupación de lotes 1 a 8, ambos incluidos) y el suministro del fungible conforme al artículo 9.3 a) del TRLCSP, de acuerdo con las normas establecidas para el acuerdo marco con un único empresario.

Así pues, llegados a este punto, resta analizar los alegatos de BAXTER relativos a que la adjudicación compartida a dos licitadores prevista en la cláusula 1.2 del PCAP no se halla motivada, ni es una posibilidad contemplada en el TRLCSP.

El tenor de la cláusula en cuestión es el siguiente: *“Se estructura este expediente en dos bloques: por una parte, una agrupación de lotes (lotes 1 a 8); por otra, el lote 9. En relación al primer bloque, agrupación 1 (lotes 1 a 8), nos encontramos ante una relación de lotes, cuya característica común a todas es que se trata de una adjudicación compartida. Es decir, de la totalidad de lotes se adjudicarán dos ofertas (siempre que sea posible), siendo los porcentajes de adjudicación los siguientes:*

*A) La oferta empresarial que más puntuación obtenga de conformidad con los criterios de adjudicación señalados en el Cuadro Resumen del PCAP, será adjudicataria del 60% del presupuesto de licitación (42 monitores).*

*B) La segunda oferta empresarial, de conformidad con ese mismo criterio, el porcentaje será del 40% (28 monitores)”.*

*Si solo existiese una oferta empresarial será del 100% (70 monitores)”.*

Pues bien, como punto de partida, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico contractual rige el principio tradicional de “adjudicatario único”, ya lo sea del objeto contractual concebido como un todo, ya lo sea de cada uno de los lotes en que dicho objeto se encuentre dividido.



Al respecto, el art. 109.2 del TRLCSP dispone que *“El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación”*. Por tanto, a efectos de licitación y adjudicación, no cabe más división que la que se haya establecido mediante los lotes previamente fijados. No en vano la “definición del objeto del contrato” constituye un elemento esencial que forma parte del contenido mínimo del contrato conforme al artículo 26.1 c) del TRLCSP, siendo también la división en lotes contenido esencial y obligado de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En concreto, el artículo 67.5 a) del RGLCAP establece, en lo que al contrato de suministro se refiere, que *“los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:*

*a) Posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan”*.

Resulta claro, pues, que si el legislador insiste en que la división en lotes quede prefijada en los pliegos que rigen la licitación es porque la determinación de dichos lotes resulta esencial para la configuración del objeto del contrato, configuración que debe estar clara desde el principio en los pliegos, a fin de que los licitadores puedan presentar sus ofertas con pleno conocimiento y garantías de los bienes o prestaciones que componen cada lote y de las reglas que rigen su adjudicación, lo cual, además, es una exigencia de los principios de transparencia e igualdad de trato que han de regir en todas las licitaciones públicas. Por ello, sería contrario a estos principios y garantías que la configuración del objeto pudiese concretarse y/o alterarse en fase de adjudicación.

Asimismo, el Informe 8/2002, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Catalunya señala que *“En los contratos de suministro, la licitación podría articularse en lotes y en artículos individuales. Todos estos supuestos no constituyen excepción al principio de adjudicatario*



*único ya que cada objeto contractual (artículo, lote o totalidad de lotes) tendría una única empresa proveedora. (...). No hay previsión legal sobre la posibilidad de que el objeto de un contrato concreto sea ejecutado simultáneamente por diversos contratistas.*

*Un pliego de cláusulas administrativas no puede establecer en sus cláusulas un sistema de adjudicación que no esté previsto en la norma jurídica (...). Por tanto, no es procedente que un artículo o un lote en un contrato de suministro pueda ser adjudicado simultáneamente a varios proveedores”.*

En igual sentido, se pronuncian el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 646/2016, de 5 de agosto, y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 74/2016, de 27 de abril.

Sobre la base legal y doctrinal expuesta, la cláusula 1.2 del PCAP permite la adjudicación a dos licitadores de la agrupación de lotes y por ende, de cada uno de los 8 lotes que la componen, conculcando de este modo el principio de *adjudicatario único* tradicional en nuestro ordenamiento que solo permite un licitador por lote.

Ciertamente, con la finalidad de favorecer la concurrencia y participación de las PYME, el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE establece como regla general la división en lotes salvo motivación adecuada de la indivisión en el expediente, habiendo recogido tal previsión el vigente artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Ahora bien, este nuevo sistema legal, diseñado para aumentar la concurrencia y diversidad de adjudicatarios en una misma contratación, sigue partiendo del principio de un solo adjudicatario por lote y pugna con el sistema de adjudicación compartida de un lote o conjunto de lotes a dos licitadores, sistema este último que también vulnera el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, puesto que el licitador que la presente habría de compartir tal adjudicación con la oferta clasificada en segundo lugar.



Además, a mayor abundamiento, tal adjudicación compartida de la agrupación de lotes carece de justificación en el expediente y genera inseguridad a los licitadores y posteriores adjudicatarios, quienes desconocen, entre otros aspectos, en qué momento surtirá eficacia el contrato para la oferta clasificada en segundo lugar -¿una vez se agote el porcentaje adjudicado a la primera?, ¿desde la formalización del contrato?- o cómo se articularán los pedidos y se harán efectivas las entregas hasta el límite adjudicado a cada uno de los contratistas.

Cuestión distinta es que el órgano de contratación, en lugar de prever la adjudicación compartida a dos licitadores de una misma agrupación de lotes, hubiera establecido dos agrupaciones con esos mismos lotes atendiendo a umbrales o franjas económicas u otro criterio de configuración, lo que permitiría también que hubiese dos adjudicatarios pero de dos agrupaciones de lotes distintas y perfectamente definidas en los pliegos de la licitación. En cualquier caso, no es esto lo que acontece en el supuesto examinado, por lo que el recurso debe prosperar en este extremo, con la consiguiente anulación de la cláusula 1.2 del PCAP en cuanto prevé la citada adjudicación compartida de la agrupación de los lotes 1 a 8.

Con base en las consideraciones realizadas en los distintos fundamentos de esta resolución, procede la estimación parcial del recurso y consiguiente anulación de los subcriterios 2.3 y 2.4 del criterio de adjudicación “valoración funcional” establecido en el cuadro resumen del PCAP, así como de la cláusula 1.2 del citado pliego en cuanto prevé la adjudicación a dos licitadores de la agrupación de los lotes 1 a 8. Asimismo, la nulidad declarada conlleva la del procedimiento de adjudicación, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos para proceder, en su caso, a una nueva convocatoria de la licitación, previa la oportuna modificación del PCAP anulado.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis, arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, con destino a los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 00007/2015), y en consecuencia anular los subcriterios 2.3 y 2.4 del criterio de adjudicación “valoración funcional” así como la cláusula 1.2 del PCAP, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

**SEGUNDO** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 5 de abril de 2018.

**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.

