

Recurso 238/2013**Resolución 133/2014****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 4 de junio 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAYER HISPANIA, S.L.** contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de tiras reactivas para medidores para la determinación de la glucemia en sangre por capilaridad tiras-lectura automática para la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000319/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de noviembre de 2013, 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. Asimismo, el 2 de diciembre de 2013, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 288 y el 29 de noviembre de 2013, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 353.925 euros.

SEGUNDO. El 16 de diciembre de 2013, la entidad BAYER HISPANIA, S.L. presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la contratación citada.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 17 de diciembre de 2013, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las oportunas alegaciones sobre la medida provisional de suspensión solicitada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

La documentación requerida, excepto el listado de licitadores, tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 27 de diciembre de 2013, recibándose el listado de licitadores con posterioridad, el 14 de enero de 2014.

CUARTO. El 7 de enero de 2014, este Tribunal dictó resolución acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 17 de enero de 2014, se dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo la entidad MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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. Procede analizar la legitimación de la empresa recurrente para la interposición del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, toda vez que, según se desprende del listado de licitadores remitido por el órgano de contratación, aquella no ha presentado proposiciones en el procedimiento.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“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”*.

Como ya ha manifestado el Tribunal Supremo (v.g. Sentencia de 20 de julio de 2005), *“tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien, no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los*



supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos, sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”

Sobre esta base, los distintos Tribunales de Recursos Contractuales y este propio Tribunal vienen sosteniendo que no es imprescindible ser licitador para tener la condición de interesado en el procedimiento de recurso, si bien quien acuda a esta vía especial de recurso ha de ostentar un interés legítimo y no un mero interés en la legalidad.

Respecto al concepto de interés legítimo, la doctrina jurisprudencial ha señalado que el mismo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética, sin que el mero interés en la legalidad, no existiendo un interés propio del recurrente derivado de la situación que denuncie, pueda ser determinante de su legitimación.

En tal sentido, este Tribunal comparte plenamente el criterio acogido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 40/2014, de 24 de enero, cuando afirma que, a la hora de determinar la concurrencia de legitimación, debe analizarse si el acto impugnado daña de algún modo al recurrente o si la estimación del recurso le puede proporcionar



cualquier tipo de ventaja, en el bien entendido de que no es suficiente con la obtención de cualquier ventaja moral o hipotética, sino que tiene que tratarse de una ventaja específica, consistente en la participación en la licitación o en otra diferente, pero en cualquier caso concretada de modo preciso.

En el supuesto examinado, el propio recurrente manifiesta expresamente que el anuncio y los pliegos impugnados le resultan gravemente perjudiciales, condicionando su posición como licitadora y eventual adjudicataria, y restringiendo la libre competencia entre las empresas, razones estas que motivan la impugnación de aquéllos. Es por ello que debe reconocerse interés legítimo a la recurrente en la interposición del recurso, en la medida que los pliegos impugnados le ocasionan un perjuicio que intenta evitar con la eventual estimación de sus pretensiones a través de esta vía especial de impugnación.

Asimismo, como quiera que el informe del órgano de contratación pone de manifiesto que el recurso se interpone por persona no legitimada que solo ostenta facultades mancomunadas para recurrir, debe analizarse brevemente el defecto de representación alegado.

En efecto, de la escritura de poder aportada con el recurso se desprende que el compareciente ostenta facultades de carácter mancomunado para recurrir, debiendo ejercer éstas con otro apoderado o con un Consejero-Delegado. Ahora bien, no se trata de una carencia de poder sino de un poder insuficiente, extremo éste que fue subsanado con la firma de otro apoderado cuyas facultades resultaron acreditadas ante este Tribunal.

En consecuencia, el defecto de representación inicial quedó subsanado en el plazo legal concedido al amparo de lo previsto en el artículo 44.4 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 recurso se dirige contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la doble condición de poder adjudicador y Administración Pública. Por tanto, resulta procedente el recurso especial interpuesto 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 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 conformes se dispone en el artículo 158 de esta ley.

b) (...)

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación”

En el supuesto examinado, habiéndose completado la publicidad obligatoria de la licitación el 2 de diciembre de 2013 y habiéndose presentado el recurso el 16 de diciembre en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro



del plazo legal de conformidad con lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 44 del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, deben analizarse los motivos en que el mismo se sustenta. Tales motivos son, en síntesis, los siguientes:

- El anuncio de licitación menciona un CPV (Vocabulario Común de Contratos Públicos) que no se corresponde con el objeto del contrato
- Improcedente y, en su caso, exorbitante puntuación de los criterios de adjudicación relativos a las bonificaciones de “tiras capilaridad cuerpos cetónicos” y a la mejora consistente en medición de cuerpos cetónicos en sangre por método automatizado.
- Desproporcionada e imprecisa demanda de equipos medidores gratuitos.

Pues bien, comenzado por el primer alegato del recurso, en el mismo se indica que el anuncio de licitación es incorrecto y contrario a Derecho, ya que menciona un objeto del contrato que no se corresponde con el código CPV (Vocabulario Común de Contratos públicos) que lo identifica. Además, se introducen mejoras como criterio de adjudicación del contrato sin anunciarlas debidamente, ni precisar sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Como la cuestión relativa a las mejoras será analizada con ocasión de otro de los motivos del recurso, se ha de examinar ahora el extremo relativo al posible error en el código CPV utilizado. En tal sentido, se alega que en el anuncio de licitación se utiliza el código 33696500 que corresponde a “reactivos de laboratorio”, cuando el CPV de las tiras reactivas es 33124131.



Al respecto, el Manual explicativo de la Nomenclatura CPV que, aún sin valor oficial tiene carácter orientativo, sostiene que las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible, pudiendo utilizarse más de un código en los formularios normalizados para la publicación de los anuncios.

En el supuesto examinado, teniendo en cuenta el objeto del contrato (suministro de tiras reactivas para medidores para la determinación de la glucemia en sangre por capilaridad), el código correspondiente a las tiras reactivas hubiera resultado más preciso. Ahora bien, el hecho de utilizar un código más genérico en el anuncio (reactivos de laboratorio) no implica necesariamente que el mismo sea incorrecto siempre que albergue la prestación.

En conclusión, si bien el órgano de contratación debería haber seleccionado un código más preciso siguiendo las recomendaciones del manual explicativo de la Nomenclatura CPV, no cabe anular el anuncio de licitación por tal circunstancia, habida cuenta de que el código utilizado no es erróneo sino más genérico. Cuestión distinta es que en licitaciones futuras de contratos con el mismo objeto al aquí analizado, sea aconsejable la elección de un código CPV más preciso por parte del órgano de contratación.

SEXO. Los dos siguientes alegatos del recurso merecen un tratamiento conjunto y van referidos a dos criterios de adjudicación. El primero de dichos alegatos versa sobre el criterio de adjudicación de evaluación automática ponderado con 20 puntos y descrito como “mejora: medición de cuerpos cetónicos en sangre por método automatizado”

El recurrente alega que el objeto del contrato no es la medición de cuerpos cetónicos, sino la de glucemia en sangre y mientras las tiras reactivas para esta



determinación son comercializadas por ocho empresas en España, las tiras que determinan cuerpos cetónicos solo son comercializadas por dos empresas.

En consecuencia, la excesiva ponderación del criterio (20 puntos) unido a los 10 puntos otorgados a otro criterio consistente en bonificaciones de tiras para la determinación de cuerpos cetónicos limita la concurrencia y no se encuentra justificada. Además, las mejoras no aparecen detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características y no es suficiente la mera atribución de puntos de una manera discrecional con solo dos posibilidades de evaluación (0 ó 20 puntos) sin puntuaciones intermedias. En definitiva, el criterio relativo a las mejoras debe ser anulado -por vulnerar los principios de igualdad de trato, libertad de acceso, objetividad y transparencia- y con su anulación procede igualmente la de los pliegos, con retroacción de las actuaciones y el inicio de una nueva convocatoria.

Asimismo, el recurrente impugna el criterio de adjudicación de evaluación automática valorado con hasta 10 puntos y referido a bonificaciones consistentes en “producto sin cargo (tiras capilaridad cuerpos cetónicos)”. Según manifiesta, estas bonificaciones solo pueden ofertarse por las dos empresas que tienen tiras de capilaridad de cuerpos cetónicos en sangre y no por el resto de empresas que comercializan el objeto del suministro (tiras para la determinación de glucemia) y que si dispondrían de tiras para determinación de aquellos cuerpos pero en orina y no en sangre. Así, habrá dos empresas que podrán alcanzar 100 puntos y el resto de empresas solo 70 puntos en el mejor de los casos. Asimismo, no debe olvidarse que el objeto del contrato no es la compra de tiras reactivas para la determinación de cuerpos cetónicos, sino para la determinación de glucemia en sangre.

Frente a los dos motivos del recuso expuestos, el órgano de contratación manifiesta lo siguiente:



- Los criterios de adjudicación impugnados consistentes en mejora (medición de cuerpos cetónicos en sangre por método automatizado) y bonificaciones, valorados con 20 y 10 puntos respectivamente, tienen conexión con el objeto del contrato, toda vez que la determinación de cuerpos cetónicos en sangre permite un diagnóstico rápido de la cetoacidosis diabética, lo que permite diferenciar inmediatamente una simple hiperglucemia de estados cetósicos potencialmente mortales.
- Además, con los criterios impugnados no se valora dos veces lo mismo: en el caso de la mejora, se valora que los aparatos medidores permitan obtener aquellos valores y dicha valoración no puede ser mediante escala o proporcionalidad pues los medidores posibilitan aquella obtención o no y no caben, pues, puntuaciones intermedias. En el supuesto de las bonificaciones, solo se han previsto productos sin cargo de tiras que realicen mediciones de cetonia por capilaridad, pues las bonificaciones de tiras reactivas normales se pueden realizar con la baja en la oferta económica, pudiendo obtenerse aquí 40 puntos frente a los 10 puntos por bonificaciones.
- No hay limitación de la concurrencia y competencia efectiva por la puntuación global máxima (30 puntos) de los dos criterios antes mencionados. No es requisito mínimo del PPT que las tiras reactivas midan cuerpos cetónicos en sangre. Además, las tiras y medidores para la determinación en sangre de dichos cuerpos tienen costes muy superiores a los que miden la glucemia, por lo que si la oferta de aquéllos no se valorase se colocaría en peor posición a la empresa que realizara una proposición que ofrece mayores prestaciones.



Procede analizar, en primer lugar, el alegato del recurso referido a la mejora consistente en “medición de cuerpos cetónicos en sangre por método automatizado” y que es valorada como criterio de adjudicación de carácter automático con 20 puntos en caso de ofertarse la misma y con 0 puntos en caso de no ofertarse.

Al respecto, el artículo 147 del TRLCSP dispone, en sus apartados 1 y 2 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 la licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.”

Asimismo, el artículo 150, apartados 1 y 2, del citado texto legal establece que *“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato (...)*

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

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que los pliegos deben detallar los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o



mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH).

De otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas resoluciones (por todas la Resolución 514/2013, de 14 de noviembre) y este propio Tribunal (por todas, Resolución 44/2012, de 14 de junio) han mantenido que en la valoración de las ofertas –lo que incluye evidentemente a las mejoras-, es requisito esencial su previa concreción pues, como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008 en el asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, admite la existencia de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, figuren detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y guarden relación directa con el objeto del contrato. Asimismo, en el informe 9/2009, de 31 de marzo, el citado Órgano consultivo sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no incida en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.



A la vista de lo expuesto, debe concluirse que la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige su previa delimitación en los pliegos, su relación directa con el objeto del contrato y su adecuada ponderación, extremos estos que deben abordarse a continuación para determinar si el criterio de adjudicación impugnado se ajusta o no a los mismos.

Como ya se ha indicado con anterioridad, el criterio impugnado es la mejora consistente en la medición de cuerpos cetónicos en sangre por método automatizado. Se trata de un criterio de adjudicación evaluable de modo automático mediante la asignación de 20 puntos en caso de ofertarse la mejora y de 0 puntos en caso negativo. Asimismo, su elección se justifica en el expediente de contratación con el siguiente tenor: *“La medición de cuerpos cetónicos puede realizarse en sangre o en orina. No obstante, la determinación en sangre es más precoz ya que las cetonas se producen inicialmente en sangre y posteriormente son filtradas a la orina. Ante hiperglucemia >250 mg/dl, su cuantificación es fundamental.*

(...) Tal prestación está directamente relacionada con el objeto del contractual por los siguientes motivos:

1. La determinación de cuerpos cetónicos en sangre permite un diagnóstico rápido de la cetoacidosis diabética (CAD), dado que los resultados de la cetonemia en solamente unos segundos permiten tomar decisiones terapéuticas rápidas y permiten diferenciar inmediatamente una simple hiperglucemia de estados cetósicos potencialmente mortales.

2. La celeridad en la obtención de los resultados repercute directamente, además de en la calidad asistencial, en los costes. Descongestión de UCI, ahorro en pruebas de laboratorio”



Pues bien, debe analizarse, en primer lugar, si la mejora descrita como criterio de adjudicación está delimitada y concretada en el PCAP con expresión de los elementos y condiciones en que se autoriza su presentación.

El PCAP solo contiene la siguiente descripción de la mejora: “medición de cuerpos cetónicos en sangre por método automatizado”. Dicha descripción adolece, en principio, de cierta imprecisión pues no se sabe, a ciencia cierta, si la medición de cuerpos cetónicos es un atributo o cualidad que el pliego predica del objeto del contrato (tiras reactivas) o del aparato medidor asociado a las tiras. Es el órgano de contratación el que, posteriormente, en su informe sobre el recurso aclara el concepto “medición” indicando que lo que se valora es que los aparatos medidores asociados a las tiras – y que deben suministrarse junto a éstas- permitan también la obtención automatizada de cuerpos cetónicos en sangre.

Llegados a este punto, tampoco se concreta en el PCAP el número de aparatos medidores de cuerpos cetónicos que se requiere para obtener los 20 puntos con que se valora la mejora. Lo lógico será que la mejora afecte a la cifra estimativa inicial de aparatos medidores asociados a las tiras que se indica en el apartado 2.3 d) del PPT (6850 equipos), pero tampoco existe completa seguridad sobre tal extremo al no precisarse nada en el pliego.

Por tanto, cabe concluir, con las consecuencias que después se analizarán, que la mejora analizada no está suficientemente concretada ni delimitada en el PCAP, lo cual vulnera la previsión del artículo 147.2 del TRLCSP y es contrario a la doctrina de la jurisprudencia comunitaria.



Por otro lado, y sobre la base de entender que la mejora recae en los equipos medidores asociados a las tiras, se ha de analizar si el criterio en cuestión está directamente vinculado al objeto del contrato, tal y como exige el artículo 150.1 del TRLCSP.

El objeto contractual es el suministro de tiras reactivas para medidores de determinación de glucemia en sangre. Por tanto, el objeto principal del suministro es la tira reactiva y si bien el medidor no es un elemento ajeno al contrato, resulta claramente accesorio de aquélla. En tal sentido, se han pronunciado resoluciones de otros Tribunales como la Resolución 88/2014, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 165/2013, de 16 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Así las cosas, nos encontramos con que la mejora no recae sobre el objeto principal del suministro (las tiras) sino sobre un bien accesorio (los equipos medidores) y consiste en una prestación adicional a la que se persigue con el suministro a contratar, pues lo que se valora es que el medidor, además de determinar glucemia en sangre por capilaridad, permita obtener cuerpos cetónicos en sangre. A juicio del órgano de contratación, tal mejora o prestación adicional redundaría en un mayor control y seguridad en aquellos pacientes respecto a los que sea necesario realizar controles de cuerpos cetónicos, además de niveles de glucosa, permitiendo así diferenciar inmediatamente una simple hiperglucemia de estados cetósicos graves. Esta afirmación no es del todo desdeñable y puede mostrar que la compatibilidad del medidor para la determinación de los dos valores (glucemia y cuerpos cetónicos) redundaría en un mejor control de los pacientes que requieren ambas determinaciones, siendo un valor añadido del producto digno de valoración, pero tampoco puede olvidarse que el criterio examinado, en sí mismo, no afecta a aspectos intrínsecos de la prestación a contratar, es decir, no supone una mejora en la determinación de la



glucemia en sangre, ni tampoco recae directamente sobre el objeto principal del suministro que son las tiras reactivas.

Lo expuesto tiene importancia en orden a la ponderación del criterio. En tal sentido, si bien es posible admitir la mejora examinada atendiendo a la justificación última que esgrime el órgano de contratación, sí puede resultar excesiva su ponderación con 20 puntos sobre un total de 100 y ello, tanto por las razones señaladas en el párrafo anterior, como por el hecho de que tal puntuación dificulta la adjudicación a favor de aquellos licitadores que, pudiendo cumplir con el objeto del contrato, nunca podrían ofertar la mejora en cuestión y que, irremediablemente, obtendrían 0 puntos en el criterio (téngase en cuenta que en la ponderación no son posibles puntuaciones intermedias ni bandas de valores, toda vez que solo caben dos alternativas: una, que el medidor propuesto ofrezca aquella prestación adicional, lo que determinará que se obtenga la máxima puntuación y otra, que el medidor no ofrezca dicha prestación, en cuyo caso no recibirá ningún punto pues, ajustándose al mínimo requerido en el PPT, no ofrece nada adicional).

Por tanto, debe darse la razón al recurrente cuando aduce que aquella ponderación excesiva limita la concurrencia y vulnera el principio de igualdad de trato, favoreciendo a las dos únicas empresas que comercializan en España las tiras reactivas y medidores de cuerpos cetónicos.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en reiteradas ocasiones que los criterios de adjudicación deben respetar, en todo caso, los principios fundamentales del derecho comunitario de la contratación pública y, en particular, los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato entre licitadores. Por tanto, lo que no resultaría admisible a la luz de dicha doctrina es que un determinado criterio, aún vinculado con el objeto del contrato, limite o restrinja efectivamente el acceso a la licitación de quienes,



cumpliendo el objeto de la prestación, no pueden realizar su oferta atendiendo al criterio en cuestión y difícilmente podrán resultar adjudicatarios del contrato por tal causa.

El argumento anterior es, asimismo, el que acoge el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 229/2012, de 24 de octubre, cuando declara que *“la valoración que se atribuye a este criterio, concretamente quince puntos sobre un total de cien como máximo, no está suficientemente justificada, ni es por supuesto tampoco ponderada, porque si bien, tal y como se acaba de exponer y se comprende por este Tribunal, sí puede ser un elemento técnico muy relevante en un helicóptero, la puntuación que se le atribuye hace que resulte difícil que uno que no tenga este sistema de aterrizaje pueda resultar adjudicatario del contrato, de modo que dejaría de ser un criterio de adjudicación para convertirse en una verdadera prescripción técnica.”*

Por tanto, procede anular el criterio de adjudicación relativo a la mejora descrita en el apartado 13 del cuadro resumen del PCAP, toda vez que dicho criterio, como se ha argumentado, carece de la debida concreción y su ponderación resulta excesiva por las razones aquí expuestas.

SÉPTIMO. El siguiente motivo del recurso afecta a otro criterio de adjudicación evaluable de modo automático; concretamente, a las bonificaciones que son valoradas con hasta 10 puntos y se describen del modo siguiente: *“Bonificaciones: consistentes en producto sin cargo (tiras capilaridad cuerpos cetónicos). Por ofertar 6.700 tiras anuales 1 punto. Por cada 1000 tiras anuales adicionales 1 punto hasta un máximo de 10 puntos”*.

A la vista de los argumentos de impugnación del criterio y de las alegaciones del órgano de contratación frente a aquéllos, procede examinar, al igual que en el



caso de la mejora, si es posible su establecimiento como criterio de adjudicación y en caso afirmativo, si la ponderación asignada al mismo pudiera ser contraria a los principios básicos de la contratación pública.

Ya se ha visto que el criterio relativo a la mejora valora que los medidores (equipos asociados a las tiras objeto del suministro) ofrezcan una prestación adicional a la propia del suministro a contratar, es decir, que supongan un valor añadido al mínimo exigido en los pliegos de la licitación. En definitiva, la mejora recae sobre un bien que no es ajeno al contrato y que, siquiera con carácter accesorio, hay que considerar comprendido en el suministro. Desde esta óptica, en el anterior fundamento de derecho se ha admitido su definición como criterio de adjudicación con las observaciones allí señaladas. En cambio, la bonificación ahora analizada consiste en la entrega gratuita de un producto que no es ninguno de los contemplados en el suministro – ni tiras reactivas para determinación de glucemia en sangre, ni aparatos medidores asociados a las mismas- por lo que no puede admitirse sin más como criterio de adjudicación del contrato porque no se halla directamente vinculado al objeto del mismo. Es decir, el ofrecimiento gratuito de tiras para la determinación de cuerpos cetónicos no afecta intrínsecamente a la prestación que se contrata (suministro de tiras para la determinación de glucemia) y tampoco se trata de un bien complementario o accesorio del producto adquirido con el contrato que contribuya a su mejor funcionamiento o aplicación. Por tanto, no es asumible la validez de tales bonificaciones como criterio de adjudicación al amparo del artículo 150.1 del TRLCSP. En tal sentido, se ha pronunciado anteriormente este Tribunal en la Resolución 44/2012, de 14 de junio.

Procede, en consecuencia, anular el citado criterio de adjudicación, sin que proceda ya analizar si hay exceso en su ponderación.



OCTAVO. EL último alegato del recurso se refiere al número desproporcionado de equipos medidores gratuitos que se solicitan al adjudicatario del contrato en el PPT.

En concreto, se señala que *“deberá suministrar los equipos medidores necesarios asociados a la tira reactiva. El número de medidores necesarios será establecido por cada Centro, siendo la cifra global estimada inicial de:*

Distrito Bahía de Cádiz – La Janda: 2.600 equipos

Área de Gestión Sanitaria Campo de Gibraltar: 1.850

Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz: 300 equipos

Hospital Universitario de Puerto Real: 250 equipos.

Área de Gestión Sanitaria Norte de Cádiz: 1850 equipos.”

A juicio del recurrente, la desproporción en el número de equipos medidores no tiene base coherente ni razonable. En total son 6850 medidores para un consumo estimado de 1.625.000 tiras (32.500 envases), lo cual arroja una cifra de 4,74 envases de tiras por cada medidor y una media de 237 análisis por medidor, cuando los medidores de la propia recurrente podrían hacer 1000 análisis aproximadamente en un uso medio de un año.

En definitiva, el recurrente alega que el PPT utiliza términos imprecisos al determinar los medidores exigibles y que, a raíz de una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en un recurso contra pliegos de suministro de tiras reactivas elaborados por el INGESA, éste promovió una nueva licitación donde, atendiendo al criterio del Tribunal, estableció una relación cuantitativa o ratio entre las tiras y los lectores, en concreto, un glucómetro por cada 2000 tiras. En cambio, en los pliegos impugnados la ratio sería de 237 tiras por medidor. Se concluye, pues, que el número de medidores



exigido no puede ser caprichoso y debe estar en relación con el uso normal o común del aparato, más aún cuando su titular es el adjudicatario.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se señala que la cifra de un medidor por cada 2000 tiras, -que es la ratio a que se alude en el recurso- equivale a un consumo diario de 5,48 tiras. Esta cifra diaria (5,48 tiras) no es la ideal porque la frecuencia de la medición de la glucemia capilar debe individualizarse en función de las características de cada persona diabética y de los criterios del equipo sanitario para el control metabólico.

En tal sentido se indica que en las recomendaciones de la Sociedad Española de Diabetes sobre la medición de glucemia capilar en personas con diabetes, la variabilidad del control glucémico es muy grande, oscilando entre un análisis por semana y diez mediciones diarias, lo cual demuestra que no existe un patrón ideal en el consumo de tiras reactivas.

Finalmente, se señala que, de acuerdo con el Segundo Plan Integral de Diabetes de Andalucía, en la anualidad 2007 el número estimado de población diabética tratada con fármacos y para la cual es recomendable el autocontrol de la glucemia alcanzaba a 76.210 personas. Ante este número de personas, la cantidad de 6850 medidores no parece excesiva, pues la proporción entre potenciales usuarios y aparatos es de 11/1.

Para abordar este último motivo del recurso, hemos de partir de una premisa fundamental y es que los medidores asociados a las tiras reactivas objeto del contrato no son gratuitos para la Administración contratante, pues dichos equipos no resultan ajenos o extraños al contrato, debiendo entenderse comprendidos en su objeto y en el precio de las tiras, una parte alícuota del cual permitirá sufragar el coste de los citados medidores.



Al respecto, La Resolución 88/2014, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, reiterando otra anterior, señala que *“no es dable entender, en rigor, que el pliego, pese a su dicción literal, esté exigiendo la entrega de los tales medidores y lancetas sin contraprestación alguna ni, desde luego, que unos y otras deban necesariamente ser objeto de una licitación separada o configurarse como integrantes de lotes diferenciados. Parece evidente que, por un lado, dichos elementos no pueden considerarse como extravagantes o ajenos al objeto del Acuerdo marco y, más concretamente, al contenido de sus lotes 4 y 5, pues son claramente accesorios del bien que principalmente los integra (las tiras reactivas) y, por otro, parece también evidente que debe considerarse retribuida su entrega (partiendo del principio general de onerosidad de la contratación del sector público) de forma conjunta con el precio unitario satisfecho por las distintas tiras reactivas.”*

Aclarado lo anterior, es decir, sobre la base de que el precio de los medidores solicitados se encuentra repercutido en el precio unitario de las tiras, hemos de analizar si la demanda de los mismos es desproporcionada e imprecisa como alega el recurrente.

Al respecto, debe indicarse que la ratio de tiras/medidores que expone el recurrente, invocando una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no tiene que ser pauta a seguir en todos los pliegos de suministro de tiras reactivas, pues se trata solo de una referencia orientativa tendente a evitar la indeterminación.

En el caso aquí examinado, queda justificado por el órgano de contratación que la ratio utilizada por el recurrente no es la ideal para el suministro a contratar, por cuanto el control glucémico en personas con diabetes es muy variable y no



existe un patrón ideal de consumo de tiras, a lo que se une que muchos de estos pacientes realizan autocontroles, lo que requiere la disponibilidad de las tiras y de los medidores. Ante tal situación, la ratio utilizada por el órgano de contratación de Población/medidor a razón de 11 pacientes por medidor no parece desproporcionada y se encuentra justificada en los términos que han quedado expuestos.

Finalmente, en el recurso se alega imprecisión o indeterminación en el número de medidores exigidos, toda vez que el PPT alude a “cifra global estimada inicial”. Al respecto, debe indicarse que no es posible argüir “indeterminación” cuando se especifica un número concreto de medidores (6.850 en total). Asimismo, el hecho de que en el PPT se aluda a cifra global estimada responde a la propia esencia de este suministro en el que también es estimado el número de tiras reactivas objeto del contrato. Así lo dispone el artículo 9.3 a) del TRLCSP al señalar que *“En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) 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 a tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente(...)”*.

No obstante, pese a que es correcta la indicación de una cantidad estimada inicial de medidores, sí debería señalarse en el PPT el parámetro o ratio a seguir en caso de aumentar, durante la vigencia del contrato, la necesidad de medidores.

A la vista de cuanto se ha argumentado, procede anular los criterios de adjudicación que se detallan con los números de orden 2 y 3 en el apartado 13 del cuadro resumen del PCAP, el primero por ser su ponderación excesiva y el segundo, por no hallarse directamente relacionado con el objeto del contrato y vulnerar lo dispuesto en el artículo 150.1 del TRLCSP. La anulación de dichos



criterios conlleva la necesidad de elaborar nuevos pliegos atendiendo a los pronunciamientos de esta resolución, con la consiguiente anulación de la licitación actual y la convocatoria de otra nueva.

Los restantes motivos del recurso son desestimados por las razones que constan en el cuerpo de esta resolución.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAYER HISPANIA, S.L.** contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de tiras reactivas para medidores para la determinación de la glucemia en sangre por capilaridad tiras-lectura automática para la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, y en consecuencia, anular los criterios de adjudicación que se detallan con los número de orden 2 y 3 en el apartado 13 del cuadro resumen del PCAP, debiendo igualmente anularse la licitación actual y convocarse otra nueva, tras la aprobación de nuevos pliegos elaborados sobre la base de los pronunciamientos de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en la Resolución de 7 de enero de 2014.



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

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

LA PRESIDENTA

