

**Recurso 119/2015****Resolución 333/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 7 de octubre de 2015.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CAREFUSIÓN IBERIA 308, S.L.** contra la resolución, de 27 de mayo de 2015, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material genérico de infusión-extracción, intravascular y percutánea (Subgrupo 01.05 del SAS), cesión y mantenimiento de equipamiento principal para la actividad asistencial de los centros, respecto de los lotes 2, 18, 25, 31, 33, 62, 71, 80, 94, 96, 98 y de la agrupación 1 (lotes 117 a 121) (Expte. 640/2014 CCA. +SHHT+P), convocado por el Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

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

**PRIMERO.** El 12 de agosto de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado número 195 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio



de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 10.656.490,45 euros.

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

**TERCERO.** Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 27 de mayo de 2015 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. (lotes 2, 25, 33, 62, 71, 94, 96 y 98), FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A. (lote 18 y agrupación 1 comprensiva de los lotes 117 a 121), SENDAL, S.L. (lote 31) y PALEX MEDICAL, S.A. (lote 80). Dicha resolución fue remitida a la ahora recurrente con fecha 2 de junio de 2015 y publicada en el perfil de contratante con fecha 29 de mayo de 2015.

**CUARTO.** El 17 de junio de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad CAREFUSIÓN IBERIA 308, S.L. (en adelante CAREFUSIÓN) contra la citada resolución, de 27 de mayo de 2015, por la que se adjudica el citado contrato de suministro, respecto de los lotes y agrupación mencionados en el encabezamiento de esta resolución.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 17 de junio de 2015, se



solicita al órgano de contratación que remita el expediente de contratación, informe sobre las alegaciones al recurso, alegaciones en relación con el mantenimiento de la suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente y un listado de las empresas licitadoras con indicación de su domicilio, correo electrónico, teléfono y fax, a efectos de notificaciones. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 7 de julio de 2015.

**SEXTO.** Previa petición de la recurrente y vistas las alegaciones del órgano de contratación, este Tribunal en resolución, de 8 de julio de 2015, acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución, respecto de los lotes 2, 18, 25, 31, 33, 62, 71, 80, 94, 96, 98 y de la agrupación 1 (lotes 117 a 121).

**SÉPTIMO.** Con fecha 10 de julio de 2015, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A. (en adelante FRESENIUS).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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



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

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

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su valor estimado de 10.656.490,45 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.a) y 2.c) 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”*.

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la ahora recurrente con fecha 2 de junio de 2015 y publicada en el perfil de contratante con fecha 29 de mayo de 2015, presentándose el recurso en el registro de este Tribunal el 17 de junio de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

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



Los distintos motivos en que funda su pretensión la recurrente serán analizados a lo largo de este y de los siguientes fundamentos de derecho de la presente resolución.

En el primer motivo del recurso, denominado por la recurrente “planteamiento del recurso”, la misma anuncia y resume los alegatos que a continuación desarrolla en el resto de los apartados.

En el segundo motivo del recurso, denominado por la recurrente “criterios para la valoración de las características técnicas y funcionalidades de los productos, consideraciones sobre las puntuaciones otorgadas por la Mesa técnica”, la recurrente pone de manifiesto a modo ilustrativo el hecho de que salvo en puntuales excepciones, la Mesa técnica puntúa sistemáticamente las ofertas con 1 punto (base) y el producto del adjudicatario -y a veces alguna oferta adicional- con 20 puntos (excelente), lo que a su juicio, supone una clara muestra de la ligereza y arbitrariedad con la que se han evaluado las proposiciones. Seguidamente, y a título de ejemplo, cita algunos casos en los que considera que se ha producido lo anterior.

Acto seguido, la recurrente manifiesta que no parece razonable que el grueso de los productos ofertados a cada lote por distintos licitadores merezcan la mínima puntuación posible y que de manera reiterada, cuando la Mesa técnica destaca uno sobre el resto, la posible diferencia en la característica del producto del adjudicatario sea valorada como una “mejora muy significativa en los apartados relevantes” del producto que lo haga acreedor de la máxima puntuación, situación que se repite, al menos, en la mayoría de los lotes a los que esta parte recurrió. Manifiesta la recurrente que el presente suministro ha sido ofertado por diversos fabricantes que compiten entre sí en el mercado con productos equivalentes pero características propias que los diferencian a unos de otros y que, por tanto, no es posible que solo el producto del adjudicatario en la mayoría de los lotes se diferencie del resto y que además lo haga de manera tan



significativa.

**SEXTO.** En el tercer motivo del recurso, denominado por la recurrente “falta de motivación de la resolución de adjudicación”, la misma manifiesta que la clasificación de las ofertas que se acompaña a la resolución de adjudicación, en tanto que, en el único criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor, puntúa sistemáticamente las proposiciones de diversos aspirantes a un mismo lote con un solo punto justificando tal decisión con una frase estandarizada y extraída del propio cuadro resumen del PCAP en donde se contienen los criterios de adjudicación, adolece de un vicio de motivación insuficiente ex artículos 151.4 del TRLCSP y 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Alega la recurrente que dicha falta de motivación no se suple por el contenido del informe técnico de 27 de octubre de 2014, obrante en el expediente, ya que el mismo contiene idéntica justificación estandarizada.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que aunque este motivo del recurso cuestione la falta de motivación de la adjudicación, en realidad se centra en el contenido del informe técnico del criterio sujeto a juicio de valor. Concretamente se cuestiona la redacción de las justificaciones de valoraciones técnicas contenidas en tal informe.

Alega el órgano de contratación como premisa la defensa del esquema seguido para la confección del informe técnico, pues al tratarse de 113 lotes de 34 empresas licitadoras, se impone, por tanto, en aras de la eficacia del trabajo a realizar, emplear un método que, sin vulnerar los principios que legalmente rigen al respecto, haga posible racionalmente la valoración requerida.

Sigue alegando el órgano de contratación que en el informe siempre se sigue el dictado del artículo 151.4.c) que, de cara a la motivación de la adjudicación y su



notificación, exige la constancia del “nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”. Es decir, se destacan las características diferenciales de la oferta mejor valorada frente al resto.

Por su parte FRESENIUS como entidad interesada manifiesta que la valoración por medio de una justificación estandarizada como la realizada en este caso no puede obedecer sino a la imposibilidad material de poder realizar la valoración de un modo menos sincrético. Si tenemos en cuenta que en esta licitación de 121 lotes (contando los agrupados) concurren efectivamente más de 30 licitadores, parece de recibo que en semejante situación se otorgue algo de crédito a la Administración, en base a la presunción de certeza y veracidad de sus actos. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 257/2014, de 21 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000, en las que se resuelve en ambos casos una cuestión de discrecionalidad técnica.

**SEPTIMO.** Visto lo alegado por las partes en el tercer motivo del recurso, procede analizar el fondo del mismo.

Al respecto, en cuanto a esta alegación de la recurrente de falta de motivación de la resolución de adjudicación, es doctrina reiterada de este Tribunal, manifestada, entre otras más recientes, en la Resolución 207/2015, de 2 de junio, que la adjudicación se entenderá motivada adecuadamente, si al menos contiene la suficiente información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De no ser así, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.



El que la adjudicación ha de ser motivada viene recogido en el artículo 151.4 del TRLCSP en el que se concretan los aspectos que debe comprender, en todo caso, la notificación. Dicho artículo 151.4 dispone:

*“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

*La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.*

*En particular, expresará los siguientes extremos:*

*a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*

*b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*

*c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.*

*Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.*

*En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3.*

*La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar*



*rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días.”*

Así pues, tratándose de la adjudicación, la información que debe suministrarse a los licitadores para permitirles la interposición de un recurso suficientemente fundado, en los términos señalados en el precepto del TRLCSP, va referida, entre otra, al nombre del adjudicatario y a las características y ventajas de su proposición determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

En ese sentido, del precepto transcrito cabe deducir que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).

Al respecto, como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.

Abundando en el criterio expuesto, la reciente sentencia del Tribunal General de



la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.

No se puede compartir por este Tribunal la interpretación jurídica del citado artículo 151.4 del TRLCSP que realiza el órgano de contratación cuando en su alegaciones al recurso afirma que se destacan las características diferenciales de la oferta mejor valorada frente al resto, pues del tenor del apartado c) del citado artículo 151.4, antes transcrito, se desprende que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones, tanto de la oferta seleccionada como de la no seleccionada, como ha afirmado el Tribunal General de la Unión Europea en la citada sentencia de 3 de diciembre de 2013, asunto T-165/2012.

En el presente supuesto, procede pues examinar el contenido del criterio de adjudicación controvertido, así como el de la justificación de la puntuación asignada a la oferta de la recurrente en los distintos lotes y agrupaciones a los que ha licitado.

Al respecto el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características técnicas y funcionalidades”, ponderado con un máximo de 20 puntos, se recoge en el anexo B del apartado 13 de cuadro resumen del PCAP, en dos cuadros uno para la agrupación 1 y otro para el resto de agrupaciones y para los lotes no agrupados, con el siguiente tenor:

Para la agrupación 1:

«VALORACIÓN DEL CRITERIO



La documentación técnica aportada por los licitadores para la valoración de este apartado, no podrá contener ningún dato que, a su vez, haya de servir para valorar las mejoras del criterio 4.

La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y las muestras aportada por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base la facilidad de utilización, seguridad de resultados, compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación

#### ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN DE ESTE CRITERIO:

**Base:** 1 punto (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

**Aceptable:** 5 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

**Bueno:** 10 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

**Excelente:** 20 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

#### JUSTIFICACIÓN DE ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN:

**Base:** Cumple sólo los requisitos mínimos exigidos.

**Aceptable:** Cumple los requisitos mínimos exigidos y mejora levemente algún aspecto.

**Bueno:** Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras apreciables.

**Muy bueno:** Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras sustanciales.

**Excelente:** Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes.

#### JUSTIFICACIÓN DE NO SUPERAR EL UMBRAL:

- No cumple funcionalmente según las características técnicas recogidas en el cuadro resumen al PCAP y PPT.

- No muestras (no cumple una vez solicitada la subsanación de la entrega de las mismas)

- No compatible con el equipo existente.

- No se adapta con el equipo existente.

- La falta de cualquier otro requisito técnico que sea esencial.

#### VALORACION TÉCNICA EN LAS AGRUPACIONES:

Para la valoración técnica se puntuará por cada agrupación, calculando la media del total de lotes que integran la agrupación. En el caso de ofertar una misma empresa varias referencias a un mismo lote de la agrupación, se tomará para los cálculos anteriormente expuestos, la de mejor valoración.

No se tendrán en consideración las ofertas técnicas de las empresas que no superen el umbral mínimo de alguno de los lotes, ya que no podrán ser adjudicatarias de la agrupación.»



Para el resto de agrupaciones y para los lotes no agrupados, el tenor literal es el mismo salvo que no se recoge el primer párrafo del apartado de valoración del criterio (*La documentación técnica aportada por los licitadores para la valoración de este apartado, no podrá contener ningún dato que, a su vez, haya de servir para valorar las mejoras del criterio 4*).

Por su parte, en el acta de la Mesa técnica de 17 de noviembre de 2014 de elaboración del informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo al citado criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características técnicas y funcionalidades”, al que este Tribunal ha tenido acceso, se recogen las valoraciones asignadas a la recurrente en los lotes y agrupación que recurre y en todos ellos, se le asigna la misma puntuación y la misma justificación de la valoración técnica, esto es, respectivamente, “1 punto y Base: Cumple los requisitos mínimos exigidos”.

Pues bien, la calificación otorgada a la oferta de la recurrente en todos los lotes y agrupación en el citado criterio “características técnicas y funcionales” (Base: cumple los requisitos mínimos exigidos) se justifica en una valoración de carácter general establecida previamente en el cuadro resumen que, en su posterior aplicación a la oferta, no aporta información concreta y específica sobre las razones que han determinado esa puntuación. Y es que tratándose de criterios cuantificables mediante un juicio de valor, como es el caso, la valoración no puede quedar reducida a una alusión genérica igual para todas las proposiciones, pues ello no permite distinguir las individualidades de ofertas diferentes, ni conocer los motivos concretos que han llevado a esa puntuación para poder combatirlos y ejercer con garantías el derecho de defensa, lo cual genera indefensión material y determina la nulidad de la resolución impugnada por ausencia de motivación de la valoración técnica al amparo de lo previsto en los artículos 151.4 del TRLCSP y 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,



en relación con los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A mayor abundamiento, el propio PCAP, al describir el criterio de adjudicación “características técnicas y funcionalidades”, para todos los lotes y agrupaciones exige que para cada una de las asignaciones de puntos que prevé (base, aceptable, bueno y excelente), la valoración sea justificada por la Mesa técnica, circunstancia que, como se ha expuesto más arriba, no se ha producido, por lo que se ha incumplido el PCAP a la hora de la valoración del criterio.

En consecuencia, con base en las consideraciones anteriores, procede la estimación de este tercer motivo del recurso de falta de motivación de la resolución de adjudicación, respecto de los lotes 2, 18, 25, 31, 33, 62, 71, 80, 94, 96, 98 y de la agrupación 1 (lotes 117 a 121).

**OCTAVO.** En el cuarto motivo del recurso, denominado por la recurrente “sobre la vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores: indefinición de los criterios de adjudicación y empleo de criterios creados *ex post facto*”, la misma manifiesta, por un lado, la inconcreción de los pliegos pues éstos han de determinar, so pena de nulidad, los elementos determinantes de la valoración técnica y, por otro lado, que la valoración de la mesa técnica se ha realizado ignorando los escasos elementos de valoración fijados en el pliego e introduciendo, *ex post facto*, criterios de valoración no contenidos en los pliegos.

En cuanto a la primera parte del cuarto motivo del recurso, esto es la inconcreción en los pliegos de los elementos determinantes de la valoración técnica, la recurrente alega que los pliegos se limitan a hacer una serie de consideraciones muy generales en cuanto a los criterios que han de determinar la valoración de las características técnicas y funcionalidad de los productos, manifestando que las ofertas se deben de valorar, desde un punto de vista



técnico, en relación con la facilidad de utilización del producto, la seguridad de los resultados y la compatibilidad entre productos para su utilización y aplicación.

También alega que la puntuación, vendrá determinada en función de las características técnicas (mejoras) que introduzcan los equipos, que pueden ser apreciables, sustanciales e, incluso, muy significativas en aspectos relevantes.

Sin embargo, puntualiza la recurrente, ni el PCAP ni la restante documentación que se incluye en el expediente establece con claridad el procedimiento para clasificar las ofertas en una u otra de las posibles categorías de puntuación; concretamente, no se indican cuales son las características técnicas ni los aspectos de facilidad de uso, seguridad de resultados o de compatibilidad entre productos que deben dar lugar a la obtención de una u otra valoración; tampoco se precisa cuales serán los aspectos que determinarán que un producto aporte mejoras apreciables, sustanciales o muy significativas.

Por tanto, sigue alegando la recurrente, ante esta situación es patente que se deja un amplísimo margen a la Mesa técnica para la valoración funcional de los productos. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación el artículo 150.2 del TRLCSP y determinada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de éste y de otros Tribunales de recursos contractuales.

Alega la recurrente que, conforme a dos sentencias del citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2003 (asunto C-421/01 Traunfellner GmbH) y de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01 Wienstrom GmbH), los pliegos han de precisar los aspectos concretos a evaluar en aras del respeto del principio de igualdad de trato a los licitadores y que la inconcreción de los pliegos en cuanto a los elementos determinantes de la valoración es por sí sola causa bastante para declarar la nulidad, no solo de los pliegos, sino también de la adjudicación.



Alega, asimismo, la recurrente que cabe recordar aquí que no es obstáculo para la denuncia que se hace en este apartado el hecho de que no se hayan impugnado por la ahora recurrente los pliegos, ya que las infracciones denunciadas determinan la nulidad de pleno derecho de los pliegos, vicio que puede -y debe- ser analizado de oficio por parte de ese Tribunal al que nos dirigimos, como señala en su resolución 139/2014, de 23 de junio.

Concluye la recurrente que la declaración de nulidad de la cláusula del pliego que no definía las características técnicas ni los aspectos de facilidad de uso, seguridad de resultados o de compatibilidad entre productos que deben dar lugar a la obtención de una u otra valoración no supone una contradicción con la doctrina general en relación con la impugnación de los pliegos, pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto que dicha cláusula afectada sea nula de pleno derecho.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que el criterio de adjudicación objeto de controversia fue consentido por la recurrente pues ésta no impugnó los pliegos.

La empresa FRESENIUS, como entidad interesada, manifiesta que la presente alegación de la recurrente resulta extemporánea, dado que debiera haberse planteado en un eventual recurso contra los pliegos. Para reforzar su alegato trae a colación diversas resoluciones de este Tribunal.

**NOVENO.** Visto lo alegado por las partes en la primera parte del cuarto motivo del recurso, procede analizar el fondo del mismo.

Pues bien, la cuestión de si, a través de la estimación de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de adjudicación, es posible o no anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación es una



cuestión debatida que además alega en sentido negativo el órgano de contratación en su informe y la entidad interesada.

Al respecto, es necesario poner de manifiesto que, conforme a reiteradísima jurisprudencia y como ya hemos manifestado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 77/2015, de 24 de febrero y la 120/2015, de 25 de marzo, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes. De modo que la recurrente no puede impugnar con motivo de la adjudicación o de su exclusión el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta.

No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones, que han de concurrir de forma acumulativa, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto este Tribunal, entre otras, en las recientes resoluciones 290/2015, de 31 de julio y 310/2015, de 3 de septiembre. Aquéllas son:

- 1.** Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
- 2.** Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si en el recurso se solicita expresamente -de modo principal o subsidiario- la nulidad de la estipulación. También habría congruencia si solo se pide la retroacción de actuaciones o la adjudicación a la recurrente o la admisión de ésta sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el órgano de contratación.



**3.** Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

En este sentido, la Sentencia 4559/2012, de 5 de noviembre de 2012, de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición de la recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después resolver sobre la admisión.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, en la que se declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta



que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

En el presente supuesto, y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la recurrente alega inconcreción en los pliegos de los elementos determinantes de la valoración técnica, dado que la cláusula del pliego que recoge el único criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor no definía las características técnicas ni los aspectos de facilidad de uso, seguridad de resultados o de compatibilidad entre productos que deben dar lugar a la obtención de una u otra valoración.

Procede, pues, analizar si en las pretensiones aducidas por la recurrente en su recurso concurren o no las excepciones expuestas anteriormente.

La primera excepción exige que en la estipulación del pliego controvertida concorra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho. Así es preciso analizar si el criterio de adjudicación dependientes de un juicio de valor previsto en el PCAP es conforme a la normativa legal de aplicación. Para ello es preciso tener en cuenta las previsiones del artículo 150 del TRLCSP sobre los criterios de valoración de las ofertas. El precepto 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 evaluables 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.”*

Asimismo, es doctrina de este Tribunal, por todas 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.”*

En el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características y funcionalidades”, objeto del alegato de la recurrente y descrito en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución, se establece que *“La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y*



*las muestras aportada por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base la facilidad de utilización, seguridad de resultados, compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación”.*

Asimismo, el criterio establece una ponderación de 1 punto para aquellas ofertas que cumplen solo los requisitos exigidos, de 5 puntos para aquellas ofertas que además de cumplir con los requisitos mínimos exigidos mejoran levemente algún aspecto, de 10 puntos para aquellas ofertas que además de cumplir con los requisitos mínimos exigidos aporten mejoras apreciables y sustanciales y de 20 puntos para aquellas ofertas que además de cumplir con los requisitos mínimos exigidos aporten mejoras muy significativas en aspectos relevantes. Además se establece en el descripción del criterio para cada una de las distintas ponderaciones que cada valoración será justificada por la Mesa técnica.

Como se puede comprobar en el criterio se contemplan los aspectos susceptibles de valoración. Así, se establecen claramente como aspectos valorables la facilidad de utilización, la seguridad de resultados y la compatibilidad entre los productos para su utilización y para su aplicación.

Por tanto, el criterio de adjudicación objeto de controversia está descrito en el PCAP de forma precisa pues detalla los aspectos sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, aunque permitiendo un cierto margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador, dado que 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.

En definitiva, el margen de discrecionalidad reconocido al órgano evaluador de las ofertas queda definido en atención a unos aspectos concretos sujetos a su valoración y a la ponderación prevista en el criterio. Si el nivel de detalle en el criterio evaluable en función de un juicio de valor fuese el que pretende la



recurrente para así poder prever cuál será la puntuación de su oferta, la naturaleza del criterio quedaría claramente desvirtuada y el juicio técnico del órgano evaluador quedaría reducido al absurdo.

Por las razones expuestas, procede desestimar esta primera parte del cuarto motivo del recurso y confirmar la validez del criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor cuestionado.

**DÉCIMO.** Procede examinar ahora la segunda parte del cuarto motivo del recurso, esto es que la valoración de la mesa técnica se ha realizado ignorando los escasos elementos de valoración fijados en el pliego e introduciendo, *ex post facto*, criterios de valoración no contenidos en los pliegos.

Al respecto, la recurrente, a pesar de recurrir los lotes y agrupaciones mencionados en el encabezamiento de esta resolución, en este alegato solo impugna la valoración de la agrupación 1, aunque menciona que lo hace a título de ejemplo. Sin embargo, este Tribunal no puede resolver sobre aquello que no se haya alegado y fundamentado en el recurso, por lo que solo se procederá al análisis de la citada agrupación 1.

La recurrente manifiesta que la valoración de las propuestas se ha hecho ignorando los escasos criterios de valoración establecidos en los pliegos por lo que cabe concluir que la valoración es arbitraria, contraria a los pliegos y, en definitiva, contraria a los más elementales principios de la contratación pública.

En íntima conexión con lo anterior, manifiesta la recurrente que la valoración de las ofertas se ha llevado a cabo por la Mesa técnica sobre la base de criterios introducidos *ex post facto*. Alega que la Mesa técnica ha considerado como características determinantes de una mejor funcionalidad aspectos sobre los que absolutamente nada decía el pliego.



Asimismo, denuncia que se han valorado las características de las bombas a ceder y no los fungibles a suministrar a los Hospitales (como se reconoce en el resumen de las valoraciones), a diferencia de lo que se hace en el resto de lotes, siendo esto algo tampoco anunciado en el pliego.

Concluye la recurrente que la valoración del apartado “características técnicas y funcionalidades” no solo se ha hecho ignorando los criterios establecidos en el PCAP (especialmente la seguridad de resultados y la compatibilidad entre productos para su utilización y aplicación ), sino que además se han tomado en consideración, como relevantes, aspectos ni siquiera contemplados en los pliegos como por ejemplo, peso, apilabilidad, modo noche, transporte, mayor flujo de infusión, etc.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que el informe técnico del criterio de juicio de valor se encuadra en el contexto de la llamada discrecionalidad técnica del órgano de valoración. Alega que los motivos que emplea el informe técnico para la justificación de la puntuación no está traída a posteriori por la comisión técnica, sino que se fundamenta en el esquema inicial y, en cualquier caso, es explicada, sin que se pueda entender en ningún caso, un trato discriminatorio por ello.

La empresa FRESENIUS como entidad interesada manifiesta que la presente alegación de la recurrente se refiere a la valoración de los aspectos que conllevan otorgar a esta entidad la máxima puntuación en cada uno de los lotes de la agrupación 1, que son los relativos a: mayor flujo ml/hora, modo noche con el menor ruido o iluminación, apilabilidad, mayor autonomía, facilidad de programación, mejor información de pantalla, mayor facilidad de purgado, biblioteca de fármacos más dinámica y flexible, facilidad de transporte y menor peso.

Alega la entidad interesada que para analizar esta cuestión de la máxima



valoración recibida en la agrupación 1, hay que partir de la lógica de que se trata de un criterio de valoración no automático, por tanto susceptible de valoración subjetiva. Así, manifiesta la entidad interesada, los elementos mencionados atienden a aspectos directamente relacionados con las categorías previstas como criterios de valoración no automáticos que prevé el anexo B al cuadro resumen: facilidad de utilización (menor ruido e iluminación, mayor autonomía, facilidad de programación, mejor información de pantalla, mayor facilidad de purgado) seguridad de resultados (flujo ml/hora, mayor autonomía, biblioteca de fármacos, facilidad de transporte y menor peso) y compatibilidad de los productos para su utilización y aplicación (apilabilidad de varios equipos).

Concluye la entidad interesada que el testeo de los equipos se hace en base a las pruebas realizadas por la Mesa técnica y a su propia comprensión y percepción de las utilidades apreciadas en cada uno de ellos, como corresponde en una valoración de criterios evaluables mediante juicio de valor.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar si, efectivamente, como alega la recurrente la valoración de la mesa técnica se ha realizado ignorando los elementos para ello fijados en el pliego e introduciendo criterios no contenidos en los pliegos.

Al respecto, el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características y funcionalidades”, objeto del alegato de la recurrente, se ha descrito en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución. En el mismo se establece que la valoración funcional del producto será en base a la facilidad de utilización, a la seguridad de resultados y a la compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación.

Asimismo, el criterio establece una ponderación de 1, 5, 10 y 20 puntos en función de si las ofertas solo cumplen los requisitos exigidos o si, además de lo anterior, mejoran levemente algún aspecto o aportan mejoras apreciables y



sustanciales o muy significativas en aspectos relevantes. Además se establece en la descripción del criterio para cada una de las distintas ponderaciones que cada valoración será justificada por la Mesa técnica.

De lo anterior se colige que en la valoración de cada oferta habrá que tener en cuenta las características de cada producto que supongan un plus respecto a lo exigido en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y que ese plus en función de la facilidad de utilización, de la seguridad de resultados y de la compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, suponga una cualidad en relación con el mínimo exigido en el PPT, que mejore levemente algún aspecto o de forma apreciable y sustancial o de manera muy significativa en aspectos relevantes.

Por tanto, la valoración ha de efectuarse analizando todas y cada una de las características de cada oferta que suponga un añadido sobre el PPT, y analizando de qué forma o manera esa característica o características influyen en la facilidad de utilización, en la seguridad de resultados y en la compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, para en función de lo anterior entender que un producto solo cumple los requisitos exigidos en el PPT, o mejora levemente algún aspecto, o lo hace de forma apreciable y sustancial o de manera muy significativa en aspectos relevantes. Todo ello ha de ser justificado por la Mesa técnica en su informe, tal y como exige el citado criterio objeto de análisis.

Visto el contenido del criterio procede analizar el del informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo al mismo. Al respecto, la agrupación 1 se compone de los lotes 117 a 121 y fueron valoradas en el citado informe las ofertas de tres empresas: la recurrente, la adjudicataria y una tercera. En todos los lotes, tanto a la oferta de la recurrente como a la de la otra empresa se le asignan 1 punto y en la justificación de la valoración técnica se contiene la expresión “*Base. Cumple solo los requisitos mínimos exigidos*” y a la oferta de la empresa



adjudicataria FRESENIUS en todos los lotes se le asigna el máximo de puntuación (20 puntos) y la justificación de la valoración técnica contiene la expresión *“Excelente. Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes. Una vez valoradas por diferentes unidades de los cuatro Hospitales de Sevilla las bombas asociadas al fungible licitado, dado que es un requisito imprescindible para la utilización del citado fungible, tal y como se recoge en el pliego de prescripciones técnicas, obtiene mejor valoración técnica en los siguientes aspectos entre otros: bomba con mayor flujo ml/hora, modo noche con el menor ruido o iluminación, apilabilidad, con mayor autonomía de bomba volumétrica, facilidad de programación, mejor información de pantalla, mayor facilidad de purgado, biblioteca de fármacos más dinámica y flexible, facilidad de transporte y menor peso”*.

De lo anterior se extraen la siguientes consideraciones:

1. Los productos efectivamente valorados en el informe técnico son las bombas asociadas al fungible licitado.
2. Las características determinantes de la puntuación asignada han sido: bomba con mayor flujo ml/hora, modo noche con el menor ruido o iluminación, apilabilidad, con mayor autonomía de bomba volumétrica, facilidad de programación, mejor información de pantalla, mayor facilidad de purgado, biblioteca de fármacos más dinámica y flexible, facilidad de transporte y menor peso.
3. La calificación que obtiene la oferta de la adjudicataria es de excelente, asignándosele la máxima puntuación.

Con respecto a la primera consideración, esto es que los productos efectivamente valorados en el informe técnico son las bombas asociadas al



fungible licitado, el PPT establece al respecto que la empresa adjudicataria cederá en uso todos los equipos necesarios para la actividad asistencial de los centros y que en la actualidad las necesidades de la provincia son de 2.500 unidades de bombas volumétricas y de 700 unidades de bombas de jeringa. El coste de dicha cesión de uso no está presupuestado en el precio de licitación y es, por tanto, considerada por los pliegos como una prestación totalmente accesoria, sin que se haya previsto en el citado criterio de adjudicación, como denuncia la recurrente, que la valoración de las ofertas se realizará atendiendo a las bombas asociadas a los fungibles licitados y no, como es lo lógico, a éstos.

Con respecto a la segunda consideración, el informe técnico recoge las características determinantes de la mayor valoración otorgada a la oferta de la adjudicataria pero no recoge si esas características influyen o no en la facilidad de utilización, en la seguridad de resultados y en la compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, ni en qué medida influyen.

Por las razones expuestas, procede estimar esta segunda parte del cuarto motivo del recurso por entender que la valoración de las ofertas en la agrupación 1 se ha realizado sobre el elemento accesorio cedido en uso y no sobre el fungible objeto del suministro, habiéndose utilizado además aspectos no previstos en los pliegos.

**UNDÉCIMO.** En el quinto motivo del recurso, denominado por la recurrente “consideraciones adicionales respecto de la puntuación otorgada por la Mesa técnica”, se cuestiona la valoración efectuada por la misma al entender la recurrente que ha sido incorrecta y arbitraria.

Al respecto, la recurrente, a pesar de recurrir los lotes y agrupaciones mencionados en el encabezamiento de esta resolución, en este alegato solo analiza el lote 18 y la agrupación 1, aunque menciona que lo hace a título de ejemplo. Sin embargo, este Tribunal no puede resolver sobre aquello que no se



haya alegado y fundamentado en el recurso, por lo que solo se procederá al análisis del lote 18 y de la agrupación 1.

La recurrente manifiesta que, sin perjuicio de los vicios denunciados en los motivos anteriores, la puntuaciones otorgadas a las ofertas, que salvo excepciones se concretan sistemáticamente en 1 o 20 puntos, resultan cuanto menos arbitrarias. Y es que las apreciaciones de la Mesa, alega la recurrente, no son correctas, denunciando arbitrariedad y falta de acierto.

La recurrente, con respecto al lote 18 y a la agrupación 1, denuncia determinadas características de sus productos que, al menos, igualan a la oferta de la adjudicataria y en ciertos aspectos la superan. Achaca estas diferencias en las valoraciones “al copia y pega” reiterado de las valoraciones de los productos que se ha hecho en el informe técnico de 27 de octubre de 2014 y que se ha reproducido en el resumen de valoraciones.

Concluye la recurrente que es evidente que ante estas diferencias o igualdades entre las múltiples características técnicas de los productos de cada licitador, tratándose además de cuestiones objetivas, no es posible que las ofertas reciban las puntuaciones otorgadas por la Mesa técnica; ello denota la arbitrariedad con la que se ha actuado en clara contravención del artículo 9.3 de la CE.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que los argumentos vertidos en este apartado son solamente de naturaleza técnica y entran plenamente en el reiterado ámbito de la discrecionalidad técnica y por ello no cabe cuestionarlos con otro fundamento, sin que otro órgano de distinta naturaleza pueda suplantar las consideraciones del órgano de valoración.

La empresa FRESENIUS como entidad interesada manifiesta que la Mesa técnica es quien ostenta la capacidad, conocimiento y experiencia para valorar la



importancia de estos elementos técnicos, no pudiendo ser cuestionados por la mera conveniencia de un licitador.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto que en este caso es una reiteración de los manifestado por la recurrente en los alegatos anteriores del recurso.

La recurrente denuncia error y arbitrariedad en la valoración efectuada por la Mesa técnica pero, sin embargo, en un alegato anterior denunció la falta de motivación de la valoración de su oferta. Por consiguiente, no puede existir error o arbitrariedad dado que, al carecer la valoración de su oferta de motivación, se desconocen las razones por las cuales se le ha asignado la concreta puntuación; ante ese desconocimiento, difícilmente puede esgrimir error o arbitrariedad, que solo podrá conocer y, en su caso, combatir tras una adecuada motivación de la valoración de su oferta.

En cuanto a la valoración de la oferta de la adjudicataria, la estimación por parte de este Tribunal del alegato anterior por entender que en la misma para la agrupación 1 se han utilizado aspectos no previstos en los pliegos, vacían de contenido la presente alegación.

Por las razones anteriores, procede la desestimación de este quinto motivo del recurso.

**DUODÉCIMO.** En el sexto motivo del recurso, denominado por la recurrente “la oferta de FRESENIUS a la agrupación 1 debió ser excluida por infracción del PPT”, la misma denuncia que las bombas ofertadas por dicho licitador y que deben cederse a los Hospitales no cumplen el citado PPT.

En este sentido, alega la recurrente, conforme al apartado 5 del PPT, aspectos ambientales, “*El adjudicatario adoptará las medidas oportunas para el*



*estricto cumplimiento de la legislación ambiental comunitaria, estatal, autonómica y local vigente que sea de aplicación a los trabajos contratados*”. Asimismo, el apartado 6 del citado PPT, obligaciones medioambientales del adjudicatario, señala que “(...) *En razón de lo anteriormente expuesto, el adjudicatario adoptará cuantas medidas exija el estricto cumplimiento de las prescripciones establecidas en la legislación medioambiental, que sean de aplicación*”.

Pues bien, sigue alegando la recurrente, si se atiende al contenido de la declaración relativa a la mejora económica ofertada por la compañía para el caso de resultar adjudicataria de la mencionada agrupación 1 y publicada en el perfil de contratante, el licitador FRESENIUS señala que en caso de ser adjudicatario suministrará como “mejora” un número determinado de bombas que cumplirán con la normativa ROHS. Ello significa, a juicio de la recurrente, que las bombas incluidas en su oferta base no cumplen dicha normativa ROHS, tal y como reconoce el propio licitador. Dicha normativa, alega la recurrente, se concreta fundamentalmente en la Directiva 2011/65/UE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que la deducción que hace la recurrente de que el adjudicatario reconoce que no cumple con la normativa ROHS, no es correcta, adjuntándose a este informe certificación requerida a la empresa FRESENIUS en la que manifiesta que todos los equipos a ceder cumplen con la normativa tipo ambiental que resulte de aplicación a las prestaciones contractuales, entre las que se encuentra la normativa ROHS, ajustándose a lo requerido en el PPT.

La empresa FRESENIUS como entidad interesada declara que todas las bombas ofertadas por ella cumplen la normativa anteriormente referida, como lo prueba las declaraciones de conformidad con la Directiva 2011/65/UE emitidas en fecha 17 de julio de 2014, que adjunta a sus alegaciones al recurso.



Concluye FRESENIUS que tanto las bombas incluidas en la oferta base como las mencionadas en la declaración de mejora económica cumplen con la citada normativa, por lo que el motivo sexto de la recurrente carece de fundamentación.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto. Al respecto, este Tribunal ha podido comprobar que en la documentación que consta en el expediente, y que ha sido aportada por el órgano de contratación y que coincide, además, con la aportada por la entidad interesada, figuran dos declaraciones de conformidad de la empresa FRESENIUS con la Directiva 2011/65/UE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos; en dichas declaraciones se constata que las bombas ofertadas están incluidas en la mismas.

Por las razones expuestas, procede desestimar esta sexto motivo del recurso.

**DÉCIMOTERCERO.** En el séptimo motivo del recurso, denominado por la recurrente “sobre la mejora económica ofertada por FRESENIUS en relación con la agrupación 1”, la misma denuncia que la citada entidad oferta mejoras que no son tales, así la instalación de unas bombas de “nueva fabricación” no puede ser considerada como una mejora pues se trata del cumplimiento de una disposición legal de obligado cumplimiento.

Por otro lado, la recurrente denuncia que, además de las mejoras anteriores, existen mejoras ofertadas por FRESENIUS por valor de 80.000 euros que con arreglo a lo dispuesto en el PPT deben entregarse gratuitamente, pues en el citado pliego se establece que “*Asimismo, deberán entregar sin cargo: los equipos opacos que se precisen, los soportes necesarios para las bombas y bastidores de comunicación para la unidades de críticos*”. La recurrente se



refiere en concreto a las mejoras:

- Zo76580 Link 6+ Agilia ES (Estos Link para 6 bombas serían instalados en lugar de los Link de 4 citados en la oferta base); 200 unidades x 300 euros/unidad = 60.000 euros.

- IPRE003 Pole Premium Care Steel / Aluminio (Palos de Gotero de calidad y carga superior para instalación en UCI y quirófanos); 100 unidades x 200 euros/unidad = 26.000 euros.

Por último, denuncia la recurrente que el licitador está ofertando nada menos que 1.503.400 euros como mejoras económicas respecto de una que agrupación que se le ha adjudicado por un valor conjunto de 1.162.258,10 euros, es decir, la mejoras tienen un valor superior al propio precio de adjudicación de la agrupación, lo que irremediabilmente supone que el contrato le costará dinero, con el riesgo que ello supone para el adecuado cumplimiento de las prestaciones contractuales.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que existe un error en la argumentación de la recurrente en este punto. La recurrente pretende hacer ver que el criterio mejoras fue valorado para la adjudicataria por el importe total de su oferta (1.503.400 euros). Sin embargo, como se puede comprobar en el documento de clasificación de ofertas y de la propia oferta de la mejora económica del adjudicatario, ello no fue así. Por el contrario, alega el órgano de contratación, la comisión técnica a la hora de evaluar este criterio siguió el mismo razonamiento que la recurrente dice en el recurso, y valoró exclusivamente aquellas partidas de esa oferta que realmente fueron susceptibles de calificar como mejoras y así se recogió en la citada clasificación de ofertas.

La empresa FRESENIUS como entidad interesada declara que los artículos



ofrecidos por ella como mejora económica han de ser considerados de este modo por suponer un aumento de las prestaciones respecto de la gama o calidad básica de los artículos que según el PPT deben entregarse sin cargo.

En concreto, declara la entidad interesada, el bastidor de la oferta base es el Link 4+ que permite instalar 4 bombas, y el que FRESENIUS presenta como mejora es el Link 6+, que permite conectar 6 bombas con un solo cable de red y datos llegando a permitir con 2 Link 6+ en un box conseguir hasta 12 bombas operativas al mismo tiempo, mientras que con el bastidor básico solo serían 8. La diferencia económica entre el bastidor Link 4+ y Link 6+ es lo que se valora y se presenta como mejora.

Por otra parte, el palo de gotero que FRESENIUS ofrece es el IN12122 pero adicionalmente al IN12122 también se ofrece como mejora 100 unidades de IPRE 3 un palo de mayor calidad y que permite una carga mayor. Se cuantifica la diferencia entre 100 unidades del IN12122 y el IPRE 3 y eso es lo que se valora y se presenta como mejora.

Vista las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto. Al respecto, en el documento de clasificación de las ofertas se recoge el total de las mejoras económicas (208.400 euros) que aporta FRESENIUS, pero no a qué conceptos se refiere.

Por su parte, en la oferta de la citada empresa FRESENIUS, a la cual ha tenido acceso este Tribunal, se recogen una serie de mejoras económicas. Pues bien, haciendo un ejercicio de intuición y con ayuda de un documento aportado por el órgano de contratación junto con el informe de alegaciones al recurso, documento que no figura en el expediente, se puede llegar a comprobar qué mejoras económicas ha tenido en cuenta el órgano de contratación del total de las ofertadas por la citada empresa FRESENIUS. Serían:



- Z071380 + AFZ082380 Sistemas TCI Base Primea (Cesión de Sistemas TIC con Base Primea utilizada en Servicios de Anestesia); 4 unidades x 6.500 euros/unidad = 26.000 euros.

- Z071380 + AFZ082381 Mantenimiento correctivo gratuito de 8 bases Primeas propiedad del H. U. Virgen Macarena durante 4 años; 32 unidades x 700 euros/unidad = 22.400 euros.

- Z076580 Link 6+ Agilia ES (Estos Link para 6 bombas serían instalados en lugar de los Link de 4 citados en la oferta base); 200 unidades x 300 euros/unidad = 60.000 euros.

- Z073495 Agilia Duo (Sistema para acoplar 2 Bombas y alimentarlas con un solo cable de red); 200 unidades x 50 euros/unidad = 10.000 euros.

- Z074980 MRI Guard Agilia ES (Caja para utilización de 4 Bombas Agilia dentro de la resonancia magnética); 3 unidades x 30.000 euros/unidad = 90.000 euros.

Total de mejoras económicas que ha tenido en cuenta el órgano de contratación  
 $26.000 + 22.400 + 60.000 + 10.000 + 90.000 = 208.400$  euros.

Visto lo anterior, la alegación de la recurrente de que la instalación de unas bombas de “nueva fabricación” no puede ser considerada como una mejora, carece de fundamento pues ninguna de las bombas ofertadas como mejora por el adjudicatario se han tenido en cuenta por el órgano de contratación.

En cuanto a la alegación de la recurrente de que existen mejoras ofertadas por FRESENIUS por valor de 80.000 euros que con arreglo a lo dispuesto en el PPT deben entregarse gratuitamente, solo una de ellas ha sido tenida en cuenta por el órgano de contratación, esto es la Z076580 Link 6+ Agilia ES (Estos Link



para 6 bombas serían instalados en lugar de los Link de 4 citados en la oferta base);  $200 \text{ unidades} \times 300 \text{ euros/unidad} = 60.000 \text{ euros}$ . Procede pues analizar si, efectivamente, como alega la recurrente esa mejora con arreglo al PPT debe de entregarse gratuitamente o, por el contrario, puede admitirse como mejora económica tal y como ha hecho el órgano de contratación.

Es necesario, por tanto, traer a colación en lo que aquí interesa el contenido del PPT en relación con la agrupación 1, en el que se regula lo que la recurrente denomina entregas gratuitas. Al respecto, el PPT establece “*Asimismo, deberán entregar sin cargo: los equipos opacos que se precisen, los soportes necesarios para las bombas y bastidores de comunicación para la unidades de críticos*”. La recurrente en el supuesto de la mejora que ha tenido en cuenta el órgano de contratación manifiesta que serían soportes necesarios para las bombas y que por tanto no podrían ofertarse como mejoras. Sin embargo, esa apreciación de la recurrente no se puede compartir, pues, como la dicción literal de la mejora describe y como argumenta la empresa FRESENIUS, no se valora el Link 6+ sino la diferencia económica entre el bastidor Link 4+ que se oferta como base y el Link 6+ que se oferta como mejora.

Por ultimo, en cuanto a la alegación de la recurrente de que FRESENIUS está ofertando unas mejoras que tienen un valor superior al propio precio de adjudicación de la agrupación, lo que irremediabilmente supone que el contrato le costará dinero con el riesgo que ello supone para el adecuado cumplimiento de las prestaciones contractuales, será el órgano de contratación en la ejecución del contrato quien ha de velar por el que se mismo se cumpla en los términos establecidos.

Procede, pues, la desestimación de este séptimo y último motivo del recurso, sobre la mejora económica ofertada por FRESENIUS en relación con la agrupación 1.



Por consiguiente, en base a todas las consideraciones anteriores procede la estimación parcial del recurso en los términos establecidos en los fundamentos de derecho séptimo y décimo de esta resolución, desestimándose el resto de recurso.

En consecuencia procede anular la resolución, de 27 de mayo de 2015, por la que se adjudica el contrato citado en el encabezamiento de la presente, respecto de los lotes 2, 18, 25, 31, 33, 62, 71, 80, 94, 96, 98 y de la agrupación 1 (lotes 117 a 121), debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de valoración de las ofertas en relación con los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor para que se proceda a la motivación de la puntuación asignada a la oferta de la recurrente en los lotes y agrupación citados y a volver a valorar la oferta de la entidad FRESENIUS en la agrupación 1, en los términos establecidos en los fundamentos de derecho séptimo y décimo de esta resolución.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CAREFUSIÓN IBERIA 308, S.L.** contra la resolución, de 27 de mayo de 2015, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material genérico de infusión-extracción, intravascular y percutánea (Subgrupo 01.05 del SAS), cesión y mantenimiento de equipamiento principal para la actividad asistencial de los centros, respecto de los lotes 2, 18, 25, 31, 33, 62, 71, 80, 94, 96, 98 y de la agrupación 1 (lotes 117 a 121) (Expte. 640/2014 CCA. +SHHT+P), convocado por el Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular el acto impugnado, debiendo retrotraerse las



actuaciones al momento de valoración de las ofertas en relación con los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, para que se proceda a la motivación de la puntuación asignada a la oferta de la recurrente en los lotes y agrupación citados y a volver a valorar la oferta de la entidad FRESENIUS en la agrupación 1, en los términos establecidos en los fundamentos de derecho séptimo y décimo de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, respecto de los lotes 2, 18, 25, 31, 33, 62, 71, 80, 94, 96, 98 y de la agrupación 1 (lotes 117 a 121), cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 7 de julio de 2015.

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

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

