

Recurso 354/2014**Resolución 206/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 2 de junio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución, de 24 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de sueros con destino a los Centros asistenciales integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 26/2014 CCA. +YLRJU5) 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 6 de febrero de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 8 de febrero de 2014 en el Boletín Oficial del Estado número 34 y, el 10 de febrero de 2014, en el perfil de contratante de la



Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 6.320.481,08 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. En sesión de fecha 18 de junio de 2014 de la mesa de contratación se procedió a la lectura de la puntuación de las ofertas sobre criterios técnicos no automáticos y apertura de sobres nº 3 (oferta económica) y nº 4 (oferta técnica de criterios automáticos), efectuándose por la mesa de contratación propuesta de adjudicación en fecha 26 de junio de 2014.

El 3 de julio de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U contra la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios técnicos no automáticos y los criterios económicos del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho recurso 229/2014 fue inadmitido por este Tribunal mediante Resolución 172/2014, de 5 de agosto, al no ser susceptible la actuación impugnada de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO. Posteriormente y tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 24 de noviembre de 2014, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de las entidades BAXTER, S.L. (lote



7), LABORATORIOS GRIFOLS, S.A. (lotes 1 a 6 y 9 a 10) y TEC SOLPAR, S.A. (lote 8), declarando, asimismo, desierto el lote 11. Dicha resolución fue remitida a la ahora recurrente, no constando en el expediente remitido a este Tribunal la fecha de remisión, y publicada en el perfil de contratante con fecha 24 de noviembre de 2014.

QUINTO. El 5 de diciembre de 2014, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U, contra la citada resolución, de 24 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el citado contrato de suministro.

La recurrente solicita en el recurso que se anule todo lo actuado por vulnerar, con arreglo a lo dispuesto en los hechos primero a tercero del recurso, los principios de transparencia, igualdad y selección de la oferta económicamente más ventajosa en cuanto a los criterios estrictamente económicos. Subsidiariamente, solicita la anulación de las fórmulas previstas en los pliegos para el cálculo de los criterios económicos, así como la anulación de los actos de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios técnicos y los criterios económicos, y se proceda a la retroacción del procedimiento al momento anterior al de presentación de ofertas, con el fin de poder presentar de nuevo proposiciones acordes a criterios de valoración que resulten conformes a los principios de transparencia, igualdad y selección de la oferta económicamente más ventajosa.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 5 de diciembre de 2014, se solicita al órgano de contratación que remita el expediente de contratación, el informe sobre las alegaciones al recurso 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 15 de



diciembre de 2014.

SÉPTIMO. Previa petición del órgano de contratación en escrito de 10 de diciembre de 2014 de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, este Tribunal en resolución, de 22 de diciembre de 2014, acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución.

OCTAVO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 23 de diciembre de 2014, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la entidad LABORATORIOS GRIFOLS, S.A.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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



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 6.320.481,08 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 impugnada fue remitida a la recurrente, no constando en el expediente enviado a este Tribunal la fecha de remisión, y publicada en el perfil de contratante con fecha 24 de noviembre de 2014, presentándose el recurso en el registro de este Tribunal el 5 de diciembre de 2014, 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.

La recurrente centra su recurso en dos aspectos fundamentales, por un lado, cuestiona el criterio de adjudicación evaluable de forma automática



“Bonificación en producto de los artículos licitados”, y, por otro lado, cuestiona la valoración de las ofertas efectuada por el órgano de contratación en relación con los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

Los diversos alegatos de la recurrente serán analizados en los distintos fundamentos de derecho de esta resolución.

En cuanto al primer aspecto cuestionado en el recurso, esto es el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “Bonificación en producto de los artículos licitados”, la recurrente denuncia como primer alegato, hecho primero en terminología del recurso, la necesaria aplicación del principio de selección de ofertas económicamente más ventajosa en cuanto a criterios económicos de adjudicación. La recurrente parte de la base de la consideración de la bonificación en producto de los artículos licitados como parte inseparable del precio a modo de mejora, y por tanto como criterio netamente económico que en conexión con el criterio de oferta económica inicial debe traducirse en la oferta económicamente más ventajosa. Por ello no parece acorde con el principio de ventaja económica, sigue manifestando la recurrente, que propuestas finales menos ventajosas en precio se impongan por puntuación a aquellas otras que por ser las que presentan un coste final más económico, debieran ser las que optaran a la adjudicación.

Por su parte, en el informe del órgano de contratación al recurso se alega que la recurrente aceptó los pliegos y no los impugnó por lo que no puede ahora cuestionar aspectos de los pliegos que no favorecen a la valoración de su oferta.

Pues bien, respecto a este primer alegato del recurso, ha de darse la razón al órgano de contratación cuando aduce que el criterio económico de evaluación automática relativo a la “Bonificación en producto de los artículos licitados” se estableció en el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas



particulares (PCAP), el cual fue aceptado por la recurrente desde el momento en que presentó su oferta, sin que el pliego fuera impugnado por aquélla.

Al respecto, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”*

Por tanto, si la recurrente no estaba de acuerdo con el criterio mencionado por considerar que el mismo desvirtúa el principio de oferta económicamente más ventajosa, debió impugnar el PCAP en su momento procedimental oportuno, en lugar de aceptarlo con la presentación de su oferta, y esperar a la posterior valoración de las proposiciones para mostrar su desacuerdo con el criterio en cuestión.

Es doctrina reiterada de este Tribunal, entre otras muchas, las recientes resoluciones 39/2015, de 10 de febrero y 93/2015, de 3 de marzo, que el PCAP es *“lex contractus o lex inter partes”*, cuyo contenido vincula al órgano de contratación y a los licitadores que aceptaron incondicionadamente su contenido al presentar sus proposiciones (artículo 145.1 del TRLCSP) y no lo impugnaron en su momento.

A mayor abundamiento, el alegato tampoco podría prosperar con base en los motivos que aduce la recurrente. Como señalaba la Resolución 130/2015, de 7 de abril, de este Tribunal en un supuesto idéntico al aquí planteado y con la misma recurrente, *“La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su artículo 53 y el TRLCSP en su artículo 150, dejan al órgano de contratación libertad de elección respecto a los criterios de adjudicación del*



contrato que pretenda aplicar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y, como una oferta debe referirse necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también vinculados con el objeto del contrato, circunstancia que se da, sin ninguna duda, en el presente caso de criterio de adjudicación de bonificación en género de los artículos licitados.

La utilización de varios criterios de adjudicación para apreciar la oferta económicamente más ventajosa es el principio general que se aplica por defecto, pues la utilización de un único criterio solamente se acepta, al menos inicialmente, como fórmula residual para los contratos de obras (siempre que el proyecto no sea susceptible de ser mejorado, no se faciliten materiales o medios auxiliares, no emplee tecnología especialmente avanzada o no tenga un impacto significativo en el medio ambiente). También podrá utilizarse en los suministros y servicios cuando no sea posible variar los plazos ni introducir modificaciones de ninguna clase.

La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos (...)”

En definitiva, el criterio discutido está directamente vinculado al objeto del contrato como exige el artículo 150 del TRLCSP, y el órgano de contratación goza de libertad en su elección siempre que respete los límites legales del precepto, por lo que no es admisible el reproche del recurrente en cuanto a que el criterio cuestionado vulnera el principio de oferta económicamente más ventajosa, y ello porque este principio supone que la mejor oferta no tiene por que ser la más barata sino la que, en atención a los diversos factores ponderados



por el órgano de contratación, resulta más ventajosa para dicho órgano en su conjunto.

En este sentido, el citado principio consagrado en el artículo 150 del TRLCSP se respeta y cumple en todos aquellos casos en que la selección recaer sobre una proposición cuyo coste económico final pueda ser superior al de otra u otras, siempre que resulte la más ventajosa en su globalidad por las bondades o cualidades que ofrece en otros aspectos susceptibles de valoración. Y para llegar a esta conclusión ha de analizarse la oferta en su contexto total y no solo atendiendo, como hace la recurrente, a los criterios económicos del PCAP, a saber, la oferta económica y las bonificaciones.

Procede, pues, desestimar este primer alegato del recurso.

SEXTO. El segundo alegato del recurso, hecho segundo en terminología del recurso, relacionado asimismo con el criterio de “Bonificación en producto de los artículos licitados”, denuncia la falta de precisión en los parámetros para el cálculo de la bonificación sobre la oferta económica inicial. La recurrente alega que no se ha indicado si la bonificación se ha de calcular como “inclusiva” o como “exclusiva”, pues las fórmulas varían en función de una u otra opción, así como también los resultados. Así en la fórmula “inclusiva”, la bonificación es sobre las unidades solicitadas y en la “exclusiva”, la bonificación se hace sobre unidades añadidas al número solicitado.

Alega la recurrente que el resultado de aplicar una u otra fórmula conlleva la posibilidad de interpretar un resultado distinto en cuanto a la postura económica presentada por cada licitador. Sigue manifestando que así cada licitador podría calcular el porcentaje de bonificación de forma diferente, comportando esta situación una falta de valoración en base a criterios uniformes y por ende una directa contradicción con el principio de igualdad de trato y de transparencia previstos en el artículo 1 del TRLCSP.



Por su parte, el informe del órgano de contratación sobre el recurso reitera la extemporaneidad del alegato en la medida que el PCAP no ha sido impugnado y que el apartado 13.2.1 del cuadro resumen del PCAP expresa claramente que las bonificaciones aceptadas son unidades adicionales de mismo producto, toda vez que el término adicional significa en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “que se suma o añade a algo”, por lo que es claro que el criterio se formula, y así se ha aplicado, de la manera que la recurrente llama “exclusiva”.

En cuanto a la entidad interesada, esto es LABORATORIOS GRIFOLS, S.A. en sus alegaciones al recurso, niega tal imprecisión en la medida que el apartado 13.2.1 del cuadro resumen establece, como bonificaciones aceptadas, las unidades adicionales del mismo producto.

Pues bien, el alegato expuesto debe ser desestimado por las dos razones siguientes:

1. No es posible presentar la oferta y por ende, aquietarse al PCAP respecto al cómputo de las bonificaciones como criterio de adjudicación, para denunciar después tal cuestión una vez que las proposiciones han sido valoradas y el contrato ha resultado adjudicado. Si en efecto existiera la imprecisión que la recurrente imputa al cálculo de las bonificaciones, dicha inconcreción sería apreciable desde el principio, es decir, desde que el PCAP fue aprobado y conocido por los licitadores, siendo entonces cuando el recurrente debió formular este alegato impugnado aquél. Al no haberlo hecho así, el PCAP deviene en *lex inter partes*, vinculante para el recurrente, quien debe ya asumir sin condiciones su contenido.

2. El propio apartado 13.2.1 del cuadro resumen del PCAP, al permitir las bonificaciones, determina cuáles son las “bonificaciones aceptadas” señalando



que deben ser “unidades adicionales del mismo producto”. Es por ello, que carece de todo sustento el alegato del recurrente, pues es patente que la bonificación ha de calcularse como “*exclusiva*”- en terminología del recurso-, es decir, sobre unidades añadidas al número solicitado.

Además, esta cuestión ya ha sido abordada por este Tribunal en la citada Resolución 130/2015, de 7 de abril, donde se llegaba a la misma conclusión que se acaba de exponer al manifestar que “(...) *no existe la falta de precisión alegada por la recurrente para el cálculo de la bonificación, dado que la denominación del mismo (criterio) es lo suficientemente expresiva “Bonificación en género de los artículos licitados”, pues supone que la bonificación ha de ser de unidades (no de precio) por encima del número mínimo estimado en el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación; ello unido a lo establecido en el criterio, esto es, “Bonificaciones aceptadas: Unidades adicionales del mismo producto” no dejan lugar a dudas que el porcentaje de bonificación establecido en el citado criterio de adjudicación lo es de unidades adicionales, es decir, por encima, del número mínimo exigido en la licitación.*”

Procede, pues, como se ha mencionado más arriba, desestimar este segundo alegato del recurso.

SÉPTIMO. El tercer alegato del recurso, hecho tercero en terminología del recurso, relacionado asimismo con el criterio de “Bonificación en producto de los artículos licitados”, denuncia la necesidad de determinación previa de los elementos de valoración de las mejoras. La recurrente manifiesta que el criterio de bonificación en género de los artículos licitados no deja de ser una mejora que hace necesario el establecimiento de criterios claros y precisos para su valoración, entendido ello como necesidad de la existencia de un parámetro que permita determinar “a priori” la oferta máxima.



Sigue manifestando la recurrente que, al no existir un parámetro de limitación “a priori” para determinar la bonificación máxima (mejoras), se altera el principio de igualdad de trato al supeditar la puntuación de dichas mejoras a las ofertas del resto de licitadores, lo que supone un vicio de nulidad de pleno derecho al impedir una debida comparación de ofertas entre sí partiendo de parámetros objetivos previamente determinados, lo cual impide su valoración en plano de igualdad. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación las resoluciones de este Tribunal 30 y 34/2014, ambas de 12 de marzo.

En el informe del órgano de contratación sobre el recurso se insiste en el carácter obligatorio del PCAP y en el hecho de que el recurrente aceptó y no impugnó en su momento los criterios de adjudicación en aquél establecidos.

Con carácter previo al análisis de esta tercera alegación de la recurrente, procede traer a colación el criterio controvertido recogido en la cláusula 13 del cuadro resumen del PCAP: *“Criterio 2.2. Bonificación en producto de los artículos licitados. Evaluación automática. Ponderación hasta 20 puntos sobre un total de 100. Fórmula de evaluación = 20 * bonificación ofertada / mejor bonificación. Bonificaciones aceptadas: Unidades adicionales del mismo producto.”*

Por tanto, es cierto como alega la recurrente que el PCAP no establece el límite de bonificación máxima que obtendría la mayor puntuación (20 puntos), de modo que dicha puntuación será recibida por la proposición que oferte mayor número de unidades adicionales de producto, lo cual no se conocerá previamente por los licitadores, sino que dependerá de la ofertas que cada uno presente.

En efecto, este Tribunal en su Resolución 30/2014, de 12 de abril, alegada por la recurrente, ya señalaba que *“(…) se establece como criterio de adjudicación, la “bonificación en género del medicamento licitado en el lote”, estableciendo el*



PCAP una ponderación de 25 puntos (igual que la valoración de la oferta económica), que constituye la bonificación máxima a quien oferte el mayor número de unidades.

Sin embargo, no se establece el límite de unidades a ofertar que obtendría la máxima bonificación que sirva de parámetro para valorar las distintas ofertas, sino que la puntuación de dicha mejora dependerá de las ofertas de los distintos licitadores sin existir parámetros objetivos que permitan a priori a los licitadores preparar sus ofertas.

(...) Como ya hemos indicado, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 Sentencia del TJUE y la de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Este criterio es también recogido en diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando, entre otras, las recientes resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre de 2011, y 301/2011, de 7 de diciembre de 2011.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que: “es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta



económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Y como bien ha indicado la Resolución número 43, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio de 2011, los requisitos para que se puedan admitir las mejoras son:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación*
- b) que guarden relación con el objeto del contrato*
- c) que deberán mencionarse en el pliego y en los anuncios*
- d) que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.*

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cual es la económicamente más ventajosa.

Y precisamente el Tribunal Administrativo de contratos públicos de Aragón en un supuesto similar al que se plantea en el presente recurso y que fue resuelto en el Acuerdo 20/2012 de 14 de junio, se pronunció en el mismo sentido señalando:

“Sentado lo anterior, en cuanto al primero de los motivos impugnatorios, debe reproducirse el contenido del Anexo VII del PCAP («CRITERIOS DE



EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR. SOBRE TRES») bajo el epígrafe «Soluciones económicas»:

«Los licitadores podrán presentar diferentes soluciones económicas, que se valorarán en el criterio “Precio”, consistentes en ofrecer descuentos directos sobre el precio o entrega de productos sin cargo de igual o similar naturaleza de las que el licitador pudiera resultar adjudicatario en función de los lotes o partidas adjudicadas, etc.

En caso de tratarse de productos no incluidos en este Acuerdo Marco, dichas soluciones económicas se cuantificarán tomando como elemento de valoración el precio medio de compra actual del producto en los Centros del Servicio Aragonés de Salud».

Pues bien, como argumenta la recurrente, del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de las mismas. La posibilidad de ofrecer descuentos directos sobre el precio resulta consustancial a la propia formulación de una proposición económica, pero la entrega de productos sin cargo «de igual o similar naturaleza» o «no incluidos en este Acuerdo marco», no determina los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse en función de las cualidades de los mismos. Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas en este punto por los licitadores y la determinación del valor atribuible a las mismas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las entregas de otros productos se realicen sin cargo.>>

Y concluía el citado acuerdo que “dado que la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato implica un vicio de



nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).”

La posición mantenida por este Tribunal en aquella Resolución 30/2014, de 12 de abril -que se acaba de exponer- sobre la nulidad del criterio de adjudicación consistente en bonificaciones en género del producto licitado ha sido recientemente reiterada por este Tribunal, ante un supuesto idéntico al aquí examinado, en la antes citada Resolución 130/2015, de 7 de abril, y ello, a propósito de un recurso interpuesto por la ahora recurrente contra el PCAP; en concreto, contra los criterios de adjudicación en él establecidos.

Ahora bien, en los supuestos contemplados en las dos resoluciones citadas (30/2014 y 130/2015), los recursos se dirigían contra los pliegos y no -como en el caso aquí analizado- contra la resolución de adjudicación del contrato, y si bien es cierto que la nulidad como vicio más grave de invalidez puede apreciarse incluso de oficio en cualquier momento, concurren en el supuesto enjuiciado determinadas circunstancias que debemos contemplar.

Así, hemos de indicar que el vicio de nulidad imputado al criterio de evaluación automática relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que la recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP, incluida la indeterminación de la bonificación máxima en producto de los artículos licitados (artículo 145.1 del TRLCSP).

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión. En el



primer caso, se impone inexorablemente el recurso contra el PCAP para combatir la nulidad, mientras que en el segundo es posible admitir el alegato de nulidad del criterio en el recurso que se interponga contra la adjudicación.

Pues bien, en el supuesto examinado, la recurrente debió impugnar el PCAP en lo relativo al criterio consistente en bonificaciones en producto de los artículos licitados, por inexistencia de parámetros para determinar el límite máximo de bonificación admitida. Pero no lo hizo, por lo que ahora ha de estar y pasar por el contenido del pliego que no impugnó, al ser *lex contractus* entre las partes.

De lo contrario, si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio, pudiendo darse la circunstancia de que un licitador impugne un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de no haber resultado adjudicatario. Así, en los alegatos examinados hasta ahora se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso en los alegatos examinados hasta ahora no se atisba alegación alguna en detrimento de las ofertas adjudicatarias de aquellos lotes que no le han sido adjudicados.

No en balde, el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, refiriéndose a la revisión de oficio de actos nulos y anulables, dispone que *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.



Ello quiere decir que la Administración puede no ejercer sus facultades de revisión respecto a un acto nulo cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el precepto. Por tanto, este Tribunal con apoyo en el precepto legal citado entiende que, en el supuesto examinado, no procede apreciar la nulidad invocada por razones de seguridad jurídica, de buena fe de aquellos licitadores que realizaron sus ofertas ateniéndose a los pliegos y de interés público, dado el tiempo transcurrido desde que el criterio debió impugnarse y no se hizo, lo que ha permitido la culminación del procedimiento de licitación.

Procede, pues, la desestimación de este tercer alegato del recurso.

OCTAVO. El cuarto alegato del recurso, hecho cuarto en terminología del recurso, cuestiona la valoración de las ofertas efectuada por el órgano de contratación en relación con los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

La recurrente manifiesta que el PPT en su cláusula 4.2 impone a los licitadores la obligación de asumir el coste y la dotación en medios humanos y técnicos para la distribución de los artículos objeto del contrato entre los servicios y almacenes de los centros de consumo de los hospitales dentro de la provincia de Sevilla, que deberá llevarse a cabo en los términos y con la periodicidad mínima que especifica el anexo II del PPT según el proyecto de distribución logística que a tal fin aportarán los licitadores.

Alega la recurrente que en fecha 18 de junio de 2014 tuvo lugar la lectura de las ofertas con arreglo a los criterios técnicos no automáticos, resultando que la empresa LABORATORIOS GRIFOLS, S.A. fue la que obtuvo una mayor puntuación (20 puntos), mientras que esta parte obtiene una valoración considerablemente menor (6 puntos) ofertando las mismas prestaciones.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que la empresa LABORATORIOS GRIFOLS, S.A. presenta una propuesta de proyecto de distribución en el ámbito hospitalario, ampliando los requerimientos mínimos del pliego en cuanto a frecuencia de rutas y horarios y aporta mejoras en la distribución de los centros de primaria de manera exhaustiva, precisa y detallada. Sin embargo, la ahora recurrente en su oferta cumple básicamente con el suministro en centros hospitalarios, sin presentar proyecto al respecto ni declarar medios humanos ni técnicos, igualmente propone la distribución en atención primaria pero no mejora los mínimos requeridos ni declara medios humanos ni técnicos.

En cuanto a la entidad interesada, esto es LABORATORIOS GRIFOLS, S.A., en sus alegaciones al recurso, manifiesta que quien, de entre los licitadores, no hiciese alusión a los medios técnicos y humanos, como le ocurrió a la ahora recurrente pese a que el pliego lo recogía expresamente, no puede esperar que la valoración que se realice de su propuesta, sea igual que la valoración que se realice de la propuesta del licitador que sí ha ofertado una solución al respecto.

Las pretensiones por parte de la recurrente de que ofertando las mismas prestaciones que la ahora adjudicataria ha obtenido menor puntuación, postulan una valoración alternativa a la del órgano de contratación a la hora enjuiciar la oferta de los licitadores que se mueve, como ha señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, integrado por un equipo de cuatro miembros, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetado salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Pues bien, la doctrina de la discrecionalidad técnica ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal al abordar la valoración de las ofertas con arreglo



a juicios de valor. Así en resoluciones anteriores, una de las más recientes la 186/2015, de 26 mayo, hemos aludido a la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que, a su vez, remite a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.”*

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores.

Asimismo, este Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones, por todas la citada 186/2015, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: *<<la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano*



calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)>>.

En este asunto en concreto, y antes de su análisis es preciso aclarar una posible contradicción en el mismo, pues la recurrente en el principio del alegato hace referencia a uno de los dos criterios dependientes de un juicio de valor previstos en el pliego, sin embargo cuando alega la puntuación recibida por ella y por la ahora adjudicataria se refiere a los dos criterios dependientes de un juicio de valor. Ante esta contradicción este Tribunal procederá a analizar la alegación de la recurrente en relación con los dos citados criterios.

El PCAP recoge ambos criterios con el siguiente tenor literal:

“1.1. Criterios técnicos no automáticos.

1.1.1 Propuesta de proyecto para llevar a cabo la distribución logística del objeto del contrato a los distintos almacenes de consumo de centros hospitalarios, así como la dotación de medios humanos y técnicos para la realización de estas tareas, conforme a los términos previstos en el PPT.

Ponderación = 10 puntos.

1.1.2. Mejora consistente en una propuesta para llevar a cabo la distribución logística del objeto del contrato a los distintos almacenes de consumo de



centros de atención primaria, así como la dotación de medios humanos y técnicos para la realización de estas tareas.

Ponderación = 10 puntos.”

Por su parte, el informe de 11 de junio de 2014, al que ha tenido acceso este Tribunal, sobre la valoración de las ofertas de ambos criterios de adjudicación refleja para la recurrente y la adjudicataria (LABORATORIOS GRIFOLS, S.A.) lo siguiente, para aquellos lotes en los que ambas han presentado oferta.

Para la recurrente: *“Aún cuando la oferta cumple básicamente con la obligación de suministrar a los almacenes de consumo de centros hospitalarios, no presenta ningún proyecto al respecto, ni declara los medios humanos y técnicos para su ejecución. Propone la distribución de los centros de atención primaria, si bien no mejora los mínimos requeridos, ni declara medios humanos y técnicos.”*

Para la adjudicataria: *“Presenta propuesta de proyecto de distribución en centros hospitalarios que amplía los requerimientos mínimos del pliego en cuanto a frecuencias de rutas y horarios y aporta mejoras en la distribución en centros de atención primaria de manera exhaustiva, precisa y detallada.”*

Visto lo anterior y en cuanto al alegato de la recurrente en el que cuestiona la valoración efectuada por el órgano de contratación, hemos de poner de manifiesto que este Tribunal no aprecia que se haya cometido error en la valoración ni arbitrariedad, estando debidamente motivada la diferencia de valoración entre ambas empresas.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones anteriores, procede la desestimación de esta cuarta alegación de la recurrente en la que cuestiona la valoración de las ofertas efectuada por el órgano de contratación en relación con los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.



NOVENO. Por último el quinto alegato del recurso, hecho quinto en terminología del recurso, manifiesta que la valoración del criterio “Bonificación en producto de los artículos licitados” vulnera los artículos 1, 150 y 151 del TRLCSP.

La recurrente vuelve a incidir en su alegaciones anteriores relacionadas con el criterio de adjudicación evaluable mediante aplicación de fórmulas de bonificaciones en productos de los artículos licitados, alegaciones que han sido desvirtuadas por este Tribunal en lo fundamentos de derecho quinto y séptimo de esta resolución, por lo que no puede prosperar, asimismo, esta pretensión.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución, de 24 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de sueros con destino a los Centros asistenciales integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 26/2014 CCA. +YLRJU5) convocado por el Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo



mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 22 de diciembre de 2014.

CUARTO. 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.

