

Recurso 5/2015**Resolución 232/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de junio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L.** contra la resolución, de 15 de diciembre de 2014, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos: sueroterapia” (Expte. 352/2014), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 26 de abril de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 3 de mayo de 2014, en el Boletín Oficial del Estado núm. 108 y el 29 de abril de 2014 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 3.312.345,75 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 Legislativo 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 15 de diciembre de 2014, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato

El 23 de diciembre de 2014, la citada resolución fue remitida a los licitadores y publicada en el perfil de contratante.

CUARTO. El 13 de enero de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por BAXTER, S.L. contra la resolución citada en el antecedente previo.

En el mismo día, mediante sendos oficios de la Secretaría del Tribunal, se requirió al órgano de contratación, de un lado, el informe sobre el recurso, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal y de otro lado, las alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión automática instado por el recurrente.

El 20 de enero de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación.



QUINTO. El 22 de enero de 2015, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante escritos de 28 de enero de 2015, se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado LABORATORIOS GRIFOLS, S.A.

SÉPTIMO. 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 el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador 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 recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta



procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 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”*

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida al recurrente el 23 de diciembre de 2014, presentándose el recurso en el Registro de este Tribunal el 13 de enero de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

El recurrente solicita la nulidad del procedimiento con retroacción de las actuaciones a fin de que se modifiquen los pliegos y subsidiariamente, insta la nulidad de la resolución de adjudicación con retroacción de las actuaciones a fin de poder examinar el contenido de las actas de la mesa de contratación.

Sustenta sus pretensiones en los motivos que se exponen y analizan en el presente fundamento y en los posteriores de esta resolución.

En lo que se refiere al primer motivo del recurso, el recurrente alega vulneración del principio de transparencia determinante de la nulidad del procedimiento y ello, por dos razones:

1. Graves defectos en la apertura de los sobres núm. 3 y 4 presentados por los licitadores: el recurrente manifiesta que, en la sesión de la mesa de contratación de 13 de noviembre de 2014, no se procedió a la apertura de los sobre núm. 4



sobre documentación susceptible de ser valorada conforme a criterios de evaluación automática. Además, ni el contenido de estos sobres, ni el acta de la sesión se han publicado en el perfil de contratante.

También alega que, en la vista del 9 de enero de 2015, pudo examinar las proposiciones de los licitadores en el sobre núm. 4, constatando incoherencias entre dichas proposiciones y la información reflejada en la resolución de adjudicación. Así, TECSOLPAR S.L. ofertó un 2% de bonificaciones en los lotes 1 y 2, pero la resolución de adjudicación refleja un 0% de bonificación. Además, dicha empresa incluyó las bonificaciones en el sobre núm 3 en lugar del núm. 4.

2. Graves defectos en el acto de la vista del expediente celebrado el 9 de enero de 2015. El recurrente alega que le ha sido denegado el acceso a las actas de la mesa de contratación en la vista del 9 de enero de 2015. Esto supone una clara violación del principio de transparencia.

Al motivo expuesto se oponen tanto el órgano de contratación en su informe al recurso, como la entidad LABORATORIOS GRIFOLS, S.A. -que es una de las adjudicatarias del contrato- en sus alegaciones al recurso interpuesto.

Procedemos, pues, al examen del presente alegato. Para ello, debemos atender, en primer lugar, al contenido del acta de la mesa de contratación de 13 de noviembre de 2014 donde se expone que, tras la aceptación del informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación de evaluación no automática, se procedió a la apertura de los sobres 3 “documentación económica” y 4 “documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática”, con lectura en acto público de las ofertas económicas, cuyo resultado se hizo constar en el acta citada.

Asimismo, en el acta mencionada se reflejó la pregunta formulada por el representante de una de las empresas licitadoras consistente en si iba a procederse a la lectura pública del contenido de los sobre núm. 4, remitiéndose



la mesa de contratación a la cláusula 7.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que no prevé tal lectura, si bien se comunicó a los comparecientes que en la resolución de adjudicación tendrían conocimiento de todos los aspectos de las ofertas que hubieran determinado las puntuaciones obtenidas.

Pues bien, una vez expuesto sucintamente el contenido del acta citada, hemos de afirmar que el mismo se adecua a las previsiones del artículo 160 del TRLCSP que prevé para el procedimiento abierto que *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones (...) procederá a la apertura y examen de las proposiciones”* y del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, cuyos artículos 27 y 30.3 se refieren a la apertura en acto público de los sobres que contienen las ofertas.

Además, la sesión de la mesa de contratación de 13 de noviembre de 2014 se adecuó a lo dispuesto en la cláusula 7.2.2 del PCAP, cuyo contenido no ha sido impugnado por el recurrente y que es del siguiente tenor: *“Una vez efectuada la evaluación de las ofertas conforme a los criterios no automáticos, la mesa procederá en acto público a las siguientes actuaciones:*

- 1. Comunicación del resultado de esta evaluación.*
- 2. Apertura de los sobres relativos a la documentación económica y/o documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática.*
- 3. Lectura de las ofertas económicas.”*

De lo hasta ahora expuesto se desprende que, contrariamente a lo alegado por el recurrente, en la sesión de la mesa de 13 de noviembre de 2014 se procedió a la apertura de los sobres núm. 3 y 4, leyéndose las ofertas económicas correspondientes al sobre núm. 3

Por otro lado, tal y como se desprende del artículo 53 del TRLCSP, no existe obligación legal de publicar en el perfil de contratante el contenido de las ofertas



y tampoco el de las actas de la mesa de contratación. Igual conclusión se alcanza acudiendo al artículo 7 de la Orden de 16 de junio de 2008 de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, por la que se regula el perfil de contratante de los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales.

En cualquier caso, se constata que en la discutida sesión de la mesa de contratación se leyeron públicamente las ofertas económicas y en la resolución de adjudicación del contrato se recoge el contenido de las ofertas respecto a los restantes criterios de evaluación automática. Asimismo, se acredita a través del expediente de contratación remitido a este Tribunal que, en la vista del 9 de enero de 2015 -que tuvo lugar con anterioridad a la interposición del recurso aquí examinado-, el recurrente pudo acceder al contenido de las ofertas de otros licitadores.

Es por ello que no cabe apreciar los defectos que el recurrente imputa a la mesa de contratación celebrada el 13 de noviembre de 2014, cuya actuación se estima correcta al ajustarse a las previsiones normativas y del PCAP. Es más, el recurrente, con carácter previo a la interposición del recurso, ha podido conocer el contenido de las ofertas de los demás licitadores en cuanto a los criterios de evaluación automática, toda vez que la propia resolución de adjudicación impugnada recoge dicho contenido con su correspondiente valoración y, posteriormente, pudo acceder a tales ofertas en la vista del expediente.

Asimismo, hemos de analizar la denuncia por parte del recurrente de incoherencias entre las proposiciones y la información reflejada en la resolución de adjudicación, y en concreto, la que afecta a la empresa TECSOLPAR S.L. que ofertó un 2% de bonificaciones en los lotes 1 y 2, pero la resolución de adjudicación refleja un 0% de bonificación, además de haber incluido las bonificaciones en el sobre núm 3 en lugar del núm. 4.



Al respecto, el informe sobre el recurso del órgano de contratación manifiesta que se trata de un error material en el porcentaje de bonificación que ni siquiera denuncia la empresa TECSOLPAR, S.L. y que no afecta en modo alguno a la adjudicación de dichos lotes. Por otro lado, hemos de concluir que la inclusión de las bonificaciones en el sobre núm. 3 (oferta económica) en lugar del sobre núm. 4, es una mera irregularidad formal que no infringe los principios de secreto de la oferta ni de igualdad de trato, toda vez que ambos sobres se abrieron en el mismo acto público, y además, tratándose en ambos casos de criterios de evaluación automática, el conocimiento de las bonificaciones al abrir la oferta económica en nada interfirió en la evaluación de esa última. Por tanto, las incoherencias denunciadas por el recurrente carecen de trascendencia en orden a invalidar la adjudicación, pues en nada afectan a la misma, y tampoco evidencian falta de transparencia, pues se trata de errores sin relevancia en la licitación que ni siquiera son denunciados por el licitador afectado.

Finalmente, BAXTER, S.L. alega defectos en la vista del 9 de enero de 2015 por haberle sido denegado el acceso a las actas de la mesa de contratación. Al respecto, procede indicar que no hubiera existido ningún inconveniente legal legal en mostrar al recurrente las actas de la mesa de contratación, toda vez que las mismas forman parte integrante del expediente de contratación y no existe razón jurídica para denegar su acceso. Ahora bien, dicha denegación en sí misma no ha generado a aquél ninguna indefensión para la interposición del recurso, ni le ha impedido alcanzar el conocimiento de los elementos necesarios a tal fin. De este modo, el contenido del acta de la sesión de 13 de noviembre de 2014 se insertó en lo fundamental en la resolución de adjudicación que fue notificada a BAXTER, S.L., y además, a aquella sesión de la mesa acudió un representante de la citada entidad, quien pudo constatar todas las actuaciones realizadas.

Como conclusión de cuanto se ha expuesto, debe desestimarse el alegato de nulidad del procedimiento por vulneración del principio de transparencia, toda



vez que el iter de actuaciones seguidas en la licitación pone de manifiesto que el recurrente ha dispuesto de información necesaria para un recurso fundado, siendo prueba de ello el minucioso detalle con que se analiza este motivo del recurso.

SEXTO. En el segundo alegato del recurso se impugna el criterio de adjudicación de evaluación automática denominado “*Entrega de unidades adicionales del mismo producto licitado. Se calculará el importe de la bonificación realizando la multiplicación de unidades ofertadas por el precio unitario de licitación de las mismas*”, ponderado con una puntuación máxima de 10 según la siguiente fórmula <<10*bonificación ofertada / mejor bonificación>>.

El recurrente manifiesta que no se establece el límite de unidades a ofertar que obtendría la máxima puntuación, sino que la valoración del criterio dependerá de las ofertas de los distintos licitadores sin que existan parámetros objetivos que permitan a éstos preparar sus ofertas.

Ello supone, a su juicio, una vulneración del principio de proporcionalidad y de igualdad de trato, determinantes de la nulidad del criterio expuesto y de toda la licitación. A tales efectos, se cita la Resolución de este Tribunal 30/2014, de 12 de marzo, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por su parte, el órgano de contratación y la empresa interesada en el procedimiento se oponen al motivo de recurso expuesto.

Pues bien, en el examen de este alegato debemos admitir que el PCAP no establece el límite de bonificación máxima que obtendría la mayor puntuación (10 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 las ofertas que cada uno presente.



En efecto, este Tribunal en su Resolución 30/2014, de 12 de abril, 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 su Resolución 130/2015, de 7 de abril, y ello, a propósito de un recurso interpuesto 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 una razón de peso que debemos contemplar, y es que el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el 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 (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, BAXTER, S.L. debió impugnar el PCAP en lo relativo al criterio consistente en bonificaciones 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 el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en detrimento de las ofertas adjudicatarias.

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 proceso licitatorio.



El criterio que se acaba de exponer ya ha sido mantenido por este Tribunal en varias resoluciones anteriores. Por todas, se cita la Resolución 163/2015, de 5 de mayo.

Así pues, con base en cuanto ha quedado expuesto, procede la desestimación de este alegato del recurso.

SÉPTIMO. En el tercer motivo del recuso se denuncia que los criterios de adjudicación de evaluación no automática no están suficientemente definidos en los pliegos al fijarse la puntuación máxima pero no concretarse la puntuación relativa. A juicio del recurrente, los pliegos otorgan a cada criterio una puntuación máxima, pero no establecen los aspectos a tener en cuenta para la asignación de puntos a las ofertas, lo cual supone una vulneración de los principios de seguridad jurídica y de igualdad de trato.

Frente a este motivo se alza el órgano de contratación alegando que el recurrente cuestiona la validez de estos criterios una vez que no ha resultado adjudicatario del contrato y la empresa interesada en el procedimiento aduce que el sistema de valoración establecido en el pliego se ha formulado de manera clara, sin que el órgano de contratación haya tenido una “libertad incondicional” de elección y ponderación.

Pues bien, debemos comenzar el examen del motivo acudiendo a la definición de los criterios cuestionados en el PCAP. Al respecto, el objeto del contrato está fraccionado en 3 agrupaciones con un total de 10 lotes. Para los lotes 1 y 2, los criterios de adjudicación de evaluación no automática que figuran en el Anexo A al cuadro resumen del PCAP son:

- Composición y presentación del envase: de 0 a 4 puntos.
- Seguridad en el acceso y mantenimiento de la integridad de los puertos envase: 0 a 12 puntos.
- Identificación de la unidad de consumo: de 0 a 4 puntos.



Para los lotes 3 a 10, los criterios de adjudicación de evaluación no automática son:

- Seguridad en el acceso y mantenimiento de la integridad de los puertos envase: 0 a 10 puntos.
- Composición y presentación del envase: 0 a 6 puntos.
- Identificación de la unidad de consumo: 0 a 4 puntos.

Nos encontramos, pues, con criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor cuya ponderación se prevé en función de una banda de valores, sin que se establezcan, como alega el recurrente, puntuaciones relativas. Ahora bien, esta ausencia de puntuaciones relativas se detectaba, a todas luces, tras la mera lectura de los criterios reseñados en el PCAP, por lo que el recurrente pudo impugnar en su momento los pliegos respecto a los citados criterios, si consideraba que los mismos carecían de suficiente definición en cuanto a la distribución de los puntos, sin que pueda ahora, al comprobar que no ha resultado adjudicatario del contrato, invocar la anulación del criterio.

No obstante lo expuesto y a mayor abundamiento, tampoco puede darse la razón al recurrente en el fondo de su alegato. Los criterios impugnados están definidos en el pliego con precisión y claridad, sin que su ponderación resulte excesiva -téngase en cuenta que la valoración máxima asignada es 12 puntos- todo lo cual circunscribe el ámbito de discrecionalidad técnica del órgano evaluador a límites tolerables y admisibles.

En tal sentido, no puede olvidarse que estamos ante criterios dependientes de un juicio de valor, cuya evaluación se efectúa con arreglo al criterio técnico de un órgano especializado de la Administración que emite juicios con presunción de acierto e imparcialidad, salvo prueba en contrario basada en el error, arbitrariedad o falta de motivación. Tratándose de tales criterios, es perfectamente posible que su ponderación se efectúe con arreglo a una banda de valores (v.g. de 0 a 5), previo examen de la oferta conforme a los aspectos



definidos en el PCAP para la configuración del criterio. Tal opción tiene además su refrendo legal en el artículo 150.4 del TRLCSP al afirmar que *“Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con la amplitud adecuada.”*

En cambio, en los criterios de evaluación automática, la puntuación de las ofertas resultará de la aplicación de una fórmula que habrá de definirse en el PCAP, y es en dichos criterios donde su definición ha de conducir inexorablemente a una puntuación concreta prevista en el propio PCAP (v.g. 3 puntos), sin que sea suficiente con establecer en el pliego una banda de valores (v.g. 0 a 3) que permita, como en los criterios dependientes de un juicio de valor, la posterior concreción de la puntuación específica por el órgano evaluador.

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

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



(...) Pues bien tal y como hemos visto el grado de concreción de estos criterios es suficiente para que se cumpla el principio de igualdad y que el licitador se oriente a la hora de formular su oferta. No solo por su peso relativo en el conjunto de criterios y su ponderación (cinco puntos frente a 100) sino por su configuración con una cierta determinación a razón de un punto por criterio y si bien hay tres de ellos que dejan un cierto margen de discrecionalidad en la futura actuación de los órganos de contratación, no puede llegarse a la conclusión que en base a los mismos se impide a los licitadores formular en este momento sus ofertas con un grado suficiente de conocimiento, que es lo que ante todo debe evitarse”.

Finalmente, cuanto se ha expuesto encuentra su refrendo en el informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios en cuestión. En el citado informe se comprueba que se han evaluado las ofertas atendiendo a su composición, seguridad e identificación (aspectos descritos en los pliegos). Así, el órgano evaluador ha expuesto su parecer técnico respecto a cada oferta en los distintos aspectos valorados, apareciendo motivadas las concretas puntuaciones asignadas dentro de la banda de valores asignada a cada criterio.

Por tanto, a la vista de todas las consideraciones realizadas en el presente fundamento, no procede estimar el alegato sobre nulidad de los criterios de evaluación no automática definidos en el PCAP.

OCTAVO. Los dos últimos alegatos del recurso inciden en que concurren causas para declarar la nulidad de los pliegos toda vez que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y se vulneran los principios de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del TRLCSP.

Tales alegatos son reiteración de los expuestos anteriormente y deben decaer por las mismas razones expresadas en los fundamentos de derecho previos.



Finalmente, el órgano de contratación solicita la imposición de multa a la recurrente si este Tribunal apreciara mala fe en la interposición del recurso. En particular, el órgano de contratación hace hincapié en que el recurso hace manifestaciones tales como que no se procedió en acto público a la apertura del sobre número 4, cuando tal afirmación no es cierta.

Al respecto hemos de indicar que la afirmación en el recurso de un hecho incierto no es dato suficiente para apreciar mala fe en el recurrente, quien tampoco tuvo acceso a las actas de las sesiones de la mesa de contratación donde quedaban reflejadas las actuaciones de la misma.

Por otro lado, es cierto que el recurrente ataca formalmente la adjudicación sin combatirla sustantivamente, porque lo que pretende es que se declare la nulidad de la licitación. Ahora bien, este Tribunal no aprecia que los motivos esgrimidos para instar tal pretensión denoten temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede acceder a la solicitud del órgano de contratación.

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 BAXTER, S.L. contra la resolución, de 15 de diciembre de 2014, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos: sueroterapia” (Expte. 352/2014)

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



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 Resolución de este Tribunal de 22 de enero de 2015.

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

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

