



Recurso nº 830/2015 C.A. Castilla-La Mancha 42/2015

Resolución nº 859/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 25 de septiembre de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. P.R.B.P., en nombre y representación de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.L. contra la resolución adoptada por la Dirección-Gerencia del Área Integrada de Salud de Cuenca, de fecha 6 de julio de 2015 por la que se adjudica el expediente de ejecución del Acuerdo Marco (DGEI/12/2011) Marcapasos, Desfibriladores, Electrodo y Holters, convocado por el mismo, este Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Director Gerente del SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM, en adelante), en fecha 2 de noviembre de 2010, aprobó el Modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas particulares para la celebración de Acuerdo Marco mediante procedimiento abierto, para la adjudicación de contratos de suministros de productos o bienes muebles, en el ámbito del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. Posteriormente, en fecha que no consta, se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del suministro de marcapasos, desfibriladores, electrodo y holters mediante contrato acuerdo marco.

Segundo. En el Acuerdo Marco, mediante resolución de 5 de marzo de 2012, fueron adjudicatarios las empresas VITATRON MEDICAL ESPAÑA, BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, SORIN GROUP ESPAÑA, SA, MEDTRONIC IBERICA, ST JUDE MEDICAL ESPAÑA.

Tercero. En fecha 23 de marzo de 2015 se cursaron a cada una de las empresas adjudicatarias, las invitaciones para participar, en las que se hacían constar los criterios de adjudicación del contrato, así como la duración del mismo, por dos años. Entre el 29 de abril y el 14 de mayo las empresas invitadas presentaron sus ofertas. El contrato a

celebrar tenía por objeto atender las necesidades del Hospital Virgen de la Luz en el ámbito del Área Integrada de Cuenca del SESCAM.

Cuarto. En la invitación se incluían los artículos sobre los que debía versar la oferta, así como los criterios a valorar. Se incluía un apartado relativo a «valores añadidos» en el que se expresaba que «se valorarán criterios respecto a las mejoras en el servicio que no se hubieran valorado anteriormente en el Acuerdo marco proporcionalmente».

Quinto. El 1 de julio de 2015 se emitió informe técnico de valoración de evaluación de los valores añadidos ofertados. A la luz de este informe, el 3 de julio se emitió propuesta de adjudicación de los distintos lotes, a favor de las empresas SORIN GROUP ESPAÑA, MEDTRONIC IBERICA, SA y ST JUDE MEDICAL HISPANIA, SA. Así, el 6 de julio siguiente se dictó la resolución de adjudicación de contrato, en los respectivos lotes, a cada una de las empresas reseñadas.

Sexto. El 10 de julio de 2015 se notificó el acuerdo a la recurrente BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, remitiendo el 13 de julio siguiente la información relativa a la adjudicación del contrato.

Séptimo. El 16 de julio de 2015 fueron suscritos los contratos con las empresas adjudicatarias.

Octavo. El 27 de julio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal escrito de interposición de recurso por parte de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, en el que solicitaba la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento durante la sustanciación del presente recurso. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó, mediante Resolución de 28 de agosto de 2015, mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida de forma automática al impugnarse la adjudicación.

Noveno. El órgano de contratación ha presentado un escueto escrito de alegaciones en el que expone de forma objetiva la tramitación del procedimiento y las reglas que ha seguido en orden a la adjudicación del mismo.

Décimo. En fecha, 24 de agosto de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, con el fin de que presentaran las alegaciones que a su derecho conviniera. Se presentaron alegaciones por parte de

MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. solicitando la inadmisión o subsidiariamente la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna por parte de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA la Resolución de adjudicación del contrato derivado de Acuerdo Marco (DGEI/12/2011) marcapasos, desfibriladores, electrodos y holters.

Segundo. Se ha cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de las partes recurrentes se fundamenta por las mismas en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre (TRLCSP), al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario, así como por el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL).

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación.

Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 22 de octubre de 2012 y publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Séptimo. El recurso se funda en la incorrecta e incompleta definición de los aspectos a valorar en los contratos derivados del acuerdo marco, en la ausencia de publicidad previa a la presentación de las ofertas de los criterios para la valoración de los «*valores añadidos*», así como en la incorrecta valoración de la oferta del recurrente relativa a la mejora de equipamiento y la concurrencia de causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración. El órgano de contratación —como se ha expuesto en los antecedentes— ha presentado un informe en que expone la tramitación del procedimiento, sin efectuar alegación alguna a los motivos de

impugnación. Por su parte, la empresa MEDTRONIC ha presentado escrito de alegaciones en el que, además informar sobre cuestiones puramente formales relativas a la admisibilidad del recurso y la falta de impugnación de los Pliegos y la petición de oferta, sostiene la bondad del acuerdo poniendo de manifiesto los defectos de la oferta de la recurrente.

Octavo. En primer lugar se examina la alegación de MEDTRONIC relativa a la extemporaneidad de la impugnación por parte de BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, en resoluciones de este Tribunal 178/2013, 17/2013 y 45/2013 se hace referencia a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sentada en la sentencia de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía»*.

Este criterio se mantiene en la Resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, en la que se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace *«inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”»*.

En el presente supuesto, el Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en su apartado 22 precisa: «*Adjudicación de contratos basados en los términos del acuerdo marco con nueva licitación. En este apartado se seguirán los trámites previstos en el artículo 182.4, segundo párrafo, apartados a) a la f). TÉRMINOS A FIJAR EN LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO MARCO: Para todos los números de orden. 1. Precio. Hasta 60 puntos Puntuación= 60 x (P. máx. licitación-Propuesta Económica objeto de puntuación) P. máx. licitación 2. Oferta técnica: Hasta 20 puntos Se tendrá en cuenta la puntuación obtenida por cada adjudicatario en el informe técnico del Acuerdo Marco y se repartirá proporcionalmente. 3. **Valores añadidos. Hasta 20 puntos Se valorarán criterios respecto a las mejoras en el Servicio que no se hubieran valorado anteriormente en el Acuerdo Marco proporcionalmente**».*

Ciertamente, no es objeto del presente recurso la impugnación de esta cláusula, sino más bien la indefinición del criterio que se produce en la invitación remitida a los adjudicatarios del acuerdo marco, por lo que —en contra de las alegaciones de MEDTRONIC— el contenido de la invitación puede ser fiscalizado por este Tribunal si adolece de algún defecto que pueda afectar a la libre concurrencia de los licitadores, máxime cuando la invitación debe considerarse como un acto de trámite y en la que no se hacía constar si cabía o no recurso alguno contra la misma. Pero en cualquier caso, el contenido de los Pliegos puede ser fiscalizado, aunque no hayan sido oportunamente impugnados, cuando adolezcan de un defecto que conlleve la declaración de nulidad de pleno derecho de alguna de las cláusulas controvertidas.

Noveno. Los dos primeros motivos de impugnación por parte de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA pueden ser examinados conjuntamente, pues pivotan alrededor de una misma cuestión que es la falta de definición de los «*valores añadidos*» a que se refiere el pliego y la invitación. Debe ponerse de manifiesto que la apreciación de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras corresponde al órgano de contratación y sus órganos auxiliares, gozando de discrecionalidad técnica en la valoración de las mismas. Así, este Tribunal, en su Resolución 176/2011, de 29 de junio ya puso de manifiesto que «*los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad 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. Este Tribunal viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En definitiva, el control de la valoración técnica efectuada por el órgano de contratación debe limitarse a la inobservancia de los elementos reglados y al eventual error ostensible o manifiesto en la valoración. Así, teniendo en cuenta que, en el presente supuesto, en la invitación a presentar oferta, se establece una reiteración literal del contenido del criterio 22 del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debe examinarse si este defecto coloca a los licitadores en posición de desigualdad o vicia la decisión de arbitrariedad.

Pues bien, como se desprende del propio Pliego y de la sustanciación del procedimiento, al no estar establecidos todos los términos en el acuerdo marco se hace precisa una nueva licitación en la que en «*la adjudicación se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento*» previsto en las letras a) a f) del artículo 198.4 TRLCSP. Además, el artículo 147 TRLCSP prevé que «*cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del*

contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en relación con la valoración de mejoras o variantes, cuando no se precisa su forma y contenido, y considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes, sin detallar ni concretar las condiciones y requisitos de las mismas. Así, la Sentencia de 16 de octubre de 2003, en el asunto C 421-01 Trunfellner, GmbH señaló en su fundamento 29 que *«la mera mención en el pliego de condiciones permite que los licitadores estén informados de la misma manera acerca de los requisitos mínimos que deben cumplir sus variantes para que la entidad adjudicadora pueda tomarlas en consideración. De hecho, es una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva».*

Este Tribunal ha abordado en multitud de ocasiones cuestiones similares a la que se plantea, y por su carácter exhaustivo e ilustrativo con el que se aborda la cuestión, debe traerse a colación la Resolución 592/2014, de 30 de julio, dictada en el recurso 527/2014, en la que se hace una recopilación de la doctrina de este Tribunal y en la que se señala que *«entre otras puede destacarse la Resolución 467/2014, de 13 de junio, que con abundante cita de otras resoluciones que contienen la doctrina del Tribunal sobre el particular, relata: “Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan -Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de*

2003, asunto *Trunfelher GMBH*). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego”. La Resolución 57/2013, de 6 de febrero argumenta: “Ya decíamos en nuestra Resolución 155/2011, reiterada por otras muchas (como la 69/2012 o la 203/2012), que el propio Tribunal de Justicia de la UE ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de mejoras, en aras del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia 16-10-2003, asunto *Trunfellner GMBH*). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues, como ha recordado las STJUE de 24-11-2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejadas en el pliego. En tal Resolución decíamos que “debiera existir (en el pliego) una previsión concreta con ocasión de los criterios de valoración de qué mejoras se pueden presentar y cómo se van a valorar, caso contrario queda a disposición del órgano de contratación admitir cualesquiera mejoras y valorarlas de cualquier forma...” La Resolución 421/2014, de 30 de mayo razona: “Con arreglo a los artículos 147.2 TRLCSP y 67.2.j) RGLCAP, el de delimitar con precisión a qué elementos pueden afectar, en qué condiciones pueden admitirse y cuál es la forma en la que deben puntuarse (cfr.: Resoluciones 300/2014, 514/2013, 97/2013, 57/2013, 16/2012, 189/2011) (...). Esta imprecisión hace imposible que los licitadores puedan formular adecuadamente sus ofertas –por desconocer qué es lo que espera el órgano de contratación-, que éstas puedan ser examinadas y confrontadas adecuadamente –al faltar la necesaria homogeneidad entre ellas- y que, en fin, pueda este Tribunal llevar a cabo su función revisora –por no existir una definición previa con la que comparar la evaluación llevada a cabo en la licitación- (cfr.: Resoluciones 318/2011 y 471/2013). Se comprometen gravemente, en suma, los principios de igualdad y libre concurrencia entre los licitadores y la misma transparencia del proceso de licitación (artículos 1, 139 y 150.1 TRLCSP), vicios que no pueden remediarse “a posteriori” con una evaluación técnica por muy razonada y extensa que se presente ésta. Por ello, este Tribunal se ve compelido a adoptar ahora la misma decisión que en ocasiones precedentes en las que se ha enfrentado con cláusulas genéricas sobre mejoras que no delimitaban los extremos de

éstas ni la forma de puntuarlas: declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas en cuestión, por hallarse incursas en el supuesto previsto en los apartados a) y e) del artículo 62.1 LRJPAC (Resolución 135/2014). Declaración que, por lo demás, puede hacerse de oficio dada la naturaleza de orden público del vicio que la genera (Resoluciones 370/2014 y 135/2014), incluso con ocasión de un recurso deducido contra un acto recaído en el procedimiento de contratación, aun cuando no se impugnaran los Pliegos correspondientes (Resoluciones 5/2012 y 284/2011). La apreciación de la nulidad de las cláusulas lleva consigo, obviamente, la de la propia adjudicación y, en fin, la del propio proceso de licitación, que no puede subsistir a la anulación de uno de los criterios de adjudicación (Resoluciones 629/2013, 207/2013, 173/2013, 180/2013, 97/2013), siendo, en consecuencia, imposible acceder a la pretensión de ordenar una nueva evaluación de las ofertas”. A este respecto, cabe citar asimismo la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria, en la que se declara que “en el caso de que el órgano que conoce el recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”, atentando de esa manera contra los principios de igualdad de trato y de transparencia en el procedimiento de adjudicación. De lo hasta ahora expuesto puede deducirse la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos para la admisión de la variante o mejora: a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación. b) Que guarden relación con el objeto del contrato. c) Que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios. d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación».

En el presente supuesto, la invitación se limita a reiterar la cláusula 22 del cuadro de características del Pliego, sin formularlos de manera más precisa por ser necesario, y preverlo expresamente el artículo 198.4 TRLCSP. En efecto, señala que «se valorarán criterios respecto a las mejoras en el Servicio que no se hubieran valorado anteriormente en el Acuerdo Marco proporcionalmente». De hecho, ante la petición de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, el órgano de contratación informó de cuáles habían sido los criterios de ponderación de estos «valores añadidos», en resolución de 13 de julio de 2015, señalando que «se han ponderado otorgando 15 puntos como máximo, de los 20

posibles, a las mejoras en equipamiento y 5 puntos, como máximo, a las referidas a la la formación de personal de cardiología». Estos elementos debían haberse comunicado con carácter previo a la remisión de las invitaciones. De ahí que deba acogerse la pretensión de la recurrente en orden a considerar la indefinición de las variantes o mejoras.

Décimo. El efecto de estimar esta pretensión, como se hizo en la resolución 173/2013 — citada por la recurrente, y dictada en relación con el mismo órgano de contratación— y como se ha mantenido en las resoluciones citadas anteriormente (Resolución 135/2014) *«este Tribunal se ve compelido a adoptar ahora la misma decisión que en ocasiones precedentes en las que se ha enfrentado con cláusulas genéricas sobre mejoras que no delimitaban los extremos de éstas ni la forma de puntuarlas: declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas en cuestión, por hallarse incursas en el supuesto previsto en los apartados a) y e) del artículo 62.1 LRJPAC»* (Resolución 135/2014) y, en consecuencia, como señalaron las Resoluciones 629/2013, 207/2013, 173/2013, 180/2013, 97/2013, *«la apreciación de la nulidad de las cláusulas lleva consigo, obviamente, la de la propia adjudicación y, en fin, la del propio proceso de licitación, que no puede subsistir a la anulación de uno de los criterios de adjudicación»*, por lo que —acogiendo el cuarto motivo de impugnación— el motivo tercero, relativo a la incorrecta valoración de la oferta de la recurrente, no procede ser analizado. Atendido que la nulidad afecta al procedimiento de ejecución del acuerdo marco, con subsistencia del mismo, deben retrotraerse las actuaciones al momento anterior al envío de las invitaciones, a fin que los criterios relativos a *«valores añadidos»* sean precisados, cómo y en qué medida serán valorados por el órgano de contratación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. P.R.B.P. en nombre y representación de BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, anulando el procedimiento de licitación derivado de un acuerdo marco, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al envío de las invitaciones, a fin que los *«valores añadidos»* sean definidos adecuadamente.

Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión acordada.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta 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.