



**Recurso nº 113/2012- C.A. Murcia 007/2013**

**Resolución nº 103/2013**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 06 de marzo de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. T.P.C., en representación de ORBIMED, S.A.; D. A.G.S.C., en representación de FUTURIMPLANTS, S.L.; D.J.M.C.L.C., en representación de ALNAOS, S.A.; D. J.F.P., en representación de LAFITT, S.A.; D.E.M.A.V., en representación de BIOTECNIA SANITARIA, S.L. y D. A.P.V., en representación de MATERIALES E IMPLANTES ORTOPÉDICOS, S.L., contra el Acuerdo dictado el 11 de enero de 2013 por la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud en cuya virtud se acordó la exclusión de las cinco primeras citadas mercantiles en el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de "Suministro de material de prótesis de traumatología con destino a centros dependientes del Servicio Murciano de Salud", SMS, (Expediente número CS/9999/1100279467/11/ACPA) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Consejería de Salud y Política Social de la Región de Murcia a través del organismo, Servicio Murciano de Salud (en adelante, SMS), convocó mediante anuncio publicado, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, los días 16 y 20 de febrero de 2012, respectivamente, licitación para adjudicar por procedimiento abierto, el suministro citado en el encabezamiento, dividido en treinta lotes y con un valor estimado total de 25.899.703,70 euros (IVA excluido). A la licitación referenciada presentaron ofertas las mercantiles recurrentes.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.



**Tercero.** En la primera reunión de la Junta de Contratación del SMS, celebrada el 20 de marzo de 2012, se examinó la documentación administrativa (sobre A) y se acordó solicitar la subsanación de defectos apreciados en la presentada por algunos de los licitadores.

**Cuarto.** En la segunda reunión de la Junta de Contratación del SMS, de 10 de agosto de 2012, se estudió la documentación aportada para subsanar los errores de la administrativa y se procedió a la apertura del sobre B de documentación técnica y criterios subjetivos de valoración.

**Quinto.** El 11 de enero de 2013 la Junta de Contratación del SMS se reunió en acto público convocado con el fin de proceder a la apertura del sobre C relativo a los "Criterios cuantificables de forma automática". En dicha ocasión y con carácter previo a tal apertura, el Presidente procedió a dar cuenta, con asunción de lo en él expresado, del informe técnico efectuado por la Comisión Técnica del Servicio de Obras y Contratación del SMS (integrada por los doctores C.S. y H. G.) acerca de las ofertas presentadas, en cuyo informe se valoraba la documentación contenida en el sobre B ("Criterios cuantificables por juicio de valor") de los previstos en el apartado 12.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas, en relación con el apartado 15.1.2 del Cuadro de Características anejo. A sus resultados, tal y como se hizo constar en la correspondiente acta, se dispuso la exclusión, entre otras y en algunos de los lotes a que concurrían, de las mercantiles FUTURIMPLANTS, S.L (lotes 1, 2, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 19 y 20), ORBIMED, S.A. (1, 2, 4, 6, 18 y 27), ALNAOS S.A (lotes 1, 4, 18 y 27) , LAFITT, S.A. (lotes 1, 4 y 6) y BIOTECNICA SANITARIA, S.L. (1, 2, 4, 6, 7, 18 y 27), y ello por las concretas razones allí expresadas que, en esencia, se contraían, en unos casos, al hecho de no haber presentado oferta para la totalidad de los bienes integrantes de cada lote y, en otros, a no haber alcanzado el umbral mínimo de 20 puntos definido en el apartado 13.2 del aludido Cuadro de Características. La también recurrente MATERIALES E IMPLANTES ORTOPÉDICOS, S.L. no fue, sin embargo, excluida en ninguno de los lotes a que concurría.

**Sexto.** Las citadas exclusiones fueron notificadas a los licitadores en cada caso afectados el 18 de enero de 2013, siendo así que el 5 de febrero de 2013 las mercantiles referidas en el encabezamiento de esta resolución interpusieron contra ellas (así como contra "el Acta de la reunión celebrada con fecha 11 de enero de 2013", la "valoración técnica



*realizada por la Junta de Contratación" y el "informe técnico" sobre la que dicha valoración descansaba) recurso especial en materia de contratación, en el que solicitaban que se dictase resolución por la que se anulasen "las resoluciones y actos de trámite impugnados, ordenando la retroacción del expediente de contratación hasta el momento procedimental anterior a la formulación de INFORME TÉCNICO para que previos los trámites se efectúe nuevamente INFORME TÉCNICO por al menos 5 de los 9 Jefes de Servicio de Traumatología de los Centros Hospitalarios que componen la red de Hospitales del Servicio Murciano de Salud, con el fin de garantizar la objetividad y discrecionalidad técnica del órgano de contratación".*

**Séptimo.** Recibido dicho escrito en este Tribunal, el 27 de febrero de 2013 se dictó resolución por la que se acordaba conceder *"la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 47 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada".*

**Octavo.** Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho en fecha 25 de febrero de 2013, siendo así que el 27 de febrero de 2013 B. BRAUN SURGICAL, S.A. presentó escrito por el que se reafirmaba en la pretensión de anulación de la valoración técnica que, a su vez, ha hecho valer en recurso independiente igualmente tramitado ante este Tribunal con el número 91/2013.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y publicado en el BOE el día 21 de noviembre de 2012.

**Segundo.** El recurso consta interpuesto contra actos susceptibles de impugnación por dicho cauce. En efecto, no cabe duda de que así lo es el acuerdo de exclusión de licitadores, que viene expresamente citado en el artículo 40.2.b) TRLCSP, in fine. Y si bien



es cierto que el acta del acuerdo en tal sentido adoptado por la Junta de Contratación el 11 de enero de 2013 no es, en rigor, un acto diferenciado y como tal impugnabile (sino, únicamente, el mero instrumento de su constancia, a tenor del artículo 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), como también que el informe técnico que le da fundamento sólo podría considerarse, en los términos del artículo 40.2.b) TRLCSP, como un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación en la medida en que sirve de fundamento "in aliunde" o por remisión al acuerdo de exclusión antes aludido (pues, en lo demás, ni decide sobre la adjudicación – que depende de forma prevalente de la valoración de los criterios objetivos- , ni produce indefensión o perjuicio irreparable- ya que siempre sería dable recurrir contra la adjudicación-, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento- pues las ofertas de los licitadores que no son excluidos no quedan en su virtud definitivamente descartadas, su impugnación conjunta y subordinada a la del citado acuerdo de exclusión debe considerarse admisible.

Por otro lado, ha de concluirse que el recurso se contrae a un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 40.1.a) del mismo texto legal,

**Tercero.** Asumido todo lo anterior, debe constatarse, igualmente, que el recurso habría sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

**Cuarto.** Resta, finalmente, en lo que atañe a los requisitos de admisión, el examen de la legitimación de las recurrentes. Esta es indudablemente predicable de las cinco mercantiles recurrentes que ha sido objeto de exclusión, pero debe necesariamente negarse de la también recurrente MATERIALES E IMPLANTES ORTOPÉDICOS, S.L que, como se ha dicho, no resultó excluida en el Acuerdo de 11 de enero de 2013.

Como bien es sabido, el artículo 42 TRLCSP establece que "*podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*". Desde esta perspectiva, es evidente que, no habiendo dispuesto la exclusión de la citada mercantil, carece de toda legitimación para impugnar el acuerdo a tal fin adoptado en relación con las restantes sociedades recurrentes. Por otro lado, no es dable tampoco que su recurso deba entenderse referido



al informe técnico de valoración, dado que, como antes se ha expuesto, éste no es susceptible de impugnación autónoma, al no tener el carácter de acto de trámite cualificado en los términos del artículo 40.2.b) TRLCSP.

Ello, no obstante, es evidente que la carencia de legitimación de una sola de las recurrentes no puede justificar la inadmisión del recurso, que ha sido validamente interpuesto por las cinco restantes. De esta forma, no estando en presencia de recursos acumulados, sino de un único recurso deducido por seis mercantiles de forma conjunta, y no estando contemplada la inadmisión parcial en el artículo 47.1 TRLCSP, deberá obviarse esta circunstancia en el fallo de la resolución, sin perjuicio de dejar de ella constancia en este punto de la exposición.

**Quinto.-** Sentado todo lo anterior, es dable abordar ya los argumentos de las recurrentes:

Sostienen, en primer lugar, las actoras que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas de aplicación no detallan con la debida precisión los criterios de valoración de la oferta técnica, para así concluir que la exclusión fundada en el hecho de no haber superado el umbral de 20 puntos señalado en el apartado 13.2 del Cuadro de Características anejo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares debe ser anulada, toda vez que la valoración que le da fundamento adolecería de un exceso de discrecionalidad. En este sentido, afirman que *“el Pliego debía de contemplar la puntuación que corresponde a cada uno de los epígrafes de valoración técnica y no limitarse a establecer una puntuación global mínima de 20 y máxima de 49, dado que de esta forma no es posible objetivar cada uno de los epígrafes, aumentando de manera considerable el margen de discrecionalidad técnica”*.

Como ya se ha dicho con anterioridad, el recurso que ahora nos ocupa tiene idéntico objeto que el tramitado bajo el número 91/2013, en el que ha recaído ya resolución estimatoria por la que se declara la nulidad de pleno derecho del apartado 13 del Cuadro de Características del contrato en lo referente a la determinación de los criterios para la valoración de las ofertas técnicas.

Cumple, por ello, en virtud del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado en el artículo 49 TRLCSP), así como de lo que usualmente, si



bien con cierta impropiedad (advertida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 10 de enero de 2011, 26 de abril de 2004 y 11 de octubre de 2004, todas ellas relativas a materia económico-administrativa, pero, en todo caso, trasladables a este ámbito) se ha dado en llamar "cosa juzgada administrativa" (por analogía con la cosa juzgada material, efecto característico de las resoluciones judiciales firmes, hoy regulada en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), reproducir las consideraciones que, a sus resultas, se incorporaron a los fundamentos sexto a octavo de la citada resolución, y que son del siguiente tenor:

*“Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, y entrando sobre el fondo del asunto, hemos de analizar en primer lugar, la configuración que sobre la oferta técnica ha querido trazar el órgano de contratación en la documentación del procedimiento, esto es, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el cuadro de características del mismo, que han de regir el Acuerdo Marco y los contratos en él basados.*

*Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes por lo que al pliego hay que estar a la hora de determinar los requisitos del procedimiento de adjudicación y los términos de ejecución del contrato, (resolución 299/2011, de 7 de diciembre, recurso 253/2011). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la citada resolución: “a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que, si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982).*

*Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la*



*interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.*

*En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.*

*Pues bien, con fundamento en estas consideraciones hemos de analizar cómo tanto el pliego tipo de cláusulas administrativas particulares como el cuadro de características rectoras de este procedimiento de contratación administrativa configuran la valoración de la oferta técnica y los criterios de adjudicación, resultando lex contractus de obligado cumplimiento tanto para el órgano de contratación como para los futuros licitadores.*

*En este sentido, si acudimos al pliego tipo de cláusulas administrativas particulares, encontramos la cláusula 9ª relativa a los criterios de adjudicación cuyo tenor literal expresa cuanto sigue:*

*“9.1. Para la adjudicación del contrato se tendrán en cuenta los criterios y sus correspondientes ponderaciones que serán evaluables, bien por criterios automáticos (cifras o porcentajes obtenidos por la mera aplicación de fórmulas), bien por medio de un juicio de valor, y que se indican en el **Apartado 13.1** del Cuadro de Características que encabeza este Pliego, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Real Decreto Ley 3/2011.*

*Atendiendo al objeto del contrato, podrán incluirse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo citado en el apartado anterior, características medioambientales.*

*En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de*



puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo, extremo que se reflejará en el **Apartado 13.2** del Cuadro de Características”.

Desde esta perspectiva, el pliego tipo permite al amparo del artículo 150 del TRLCSP, como criterios de adjudicación para la selección de los contratistas, tanto la consideración de criterios automáticos obtenidos por la mera aplicación de fórmulas como, otros evaluables por medio de un juicio de valor. Del mismo modo, la articulación de las dos fases en la evaluación de los contratistas permite que se fije un umbral mínimo para acceder de una a otra fase del procedimiento.

De esta forma y al abrigo de la **cláusula 9ª** del modelo tipo de PCAP, hemos de acudir a la concreción que sobre tales criterios hace el Cuadro de Características del contrato de suministro. El **apartado 13** del referido cuadro distingue los criterios objetivos cuantificables de forma automática, de los subjetivos que dependen de un juicio de valor.

Así, entre los primeros con una valoración total de 51 puntos, traza las puntuaciones máximas de cada uno de ellos de la siguiente forma:

<b>CRITERIOS OBJETIVOS</b>	<b>PONDERACION</b>
Precio	35 puntos
Reducción del incremento anual IPC	6 puntos
Condiciones de depósito	4 puntos
Tiempo de reposición intraquirúrgica	3 puntos
Tiempo de reposición de los depósitos	3 puntos
Total	51 puntos

Por lo que concierne a los **criterios subjetivos** dependientes de un juicio de valor, entrando ya la discrecionalidad técnica de la comisión evaluadora “ex” artículo 150 del TRLCPS, el cuadro resumen del contrato le concede una valoración máxima de 49 puntos





y de conformidad con la cláusula 9ª del modelo tipo del PCAP establece un umbral mínimo, de 20 puntos para poder acceder a la siguiente fase de valoración. La valoración subjetiva de la oferta técnica queda pautada en los criterios relacionados en el apartado 13.1 del cuadro. De esta forma expresa que, “La valoración de los productos se hará en función de los siguientes criterios:

1. *Diseño del implante.*
2. *Estudios clínicos de los implantes ofertados.*
3. *Estudio biomecánico del implante.*
4. *Dotación profesional: personal comercial, personal cualificado para apoyo intraquirúrgico y otro personal cualificado.*
5. *Instrumental auxiliar.*
6. *Cadena de fabricación del implante. Controles de calidad en fabricación, esterilización, puesta en mercado.*
7. *Características del servicio.*
8. *Tipología del motor y número de motores.*
9. *Otros aspectos valorables: EDI, etc...”.*

Bajo dichos parámetros configurados como *lex contractus* hemos de analizar las alegaciones hechas por la recurrente, en especial en lo tocante al desconocimiento de la valoración de cada uno de dichos criterios en los que se fundamenta la valoración de las ofertas técnicas.

**Séptimo.** En primer lugar, la recurrente expresa que no se conoce en la documentación de la licitación si tales criterios de evaluación de la ofertas técnicas están relacionados de forma decreciente y cuál es la puntuación dada a cada una de ellos, pues es la comisión de evaluación la que cuantifica por orden decreciente la valoración máxima de cada uno de dichos criterios.

De esta forma hallamos en el documento 10 del expediente el informe técnico de la comisión evaluadora expresando ab initio que, “Los 49 puntos disponibles para la valoración subjetiva se han repartido de la siguiente forma:

Criterio 1	Diseño del implante	12 puntos
Criterio 2	Estudios clínicos de los implantes	12 puntos
Criterio 3	Estudio biomecánico del implante	8 puntos
Criterio 4	Dotación profesional	4 puntos
Criterio 5	Instrumental auxiliar	3 puntos
Criterio 6	Cadena de fabricación del implante	3 puntos
Criterio 7	Características del servicio	3 puntos
Criterio 8	Tipología y número de motores	2 puntos
Criterio 9	Otros aspectos valorables	2 puntos
	<b>TOTAL</b>	<b>49 puntos</b>

*Ha de advertirse que, la puntuación dada a cada uno de estos criterios se hace libremente por la comisión técnica que asiste a la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud, sin que los licitadores, tal y como advierte la recurrente, hayan podido tener conocimiento de la valoración de cada uno de ellos con carácter previo a la formulación de su oferta, lo que indudablemente puede generar arbitrariedades y desigualdades contrarias a los principios que han de regir los procedimientos de contratación administrativa. Pues, si bien, es cierto que el órgano de contratación ha especificado en el cuadro de características del contrato, los criterios a valorar en las ofertas técnicas (un total de nueve), por el contrario, no ha reflejado en él la cuantificación de cada uno de ellos.*

*Sobre esta circunstancia, ya ha declarado este Tribunal, fundamentalmente al referirse a la admisión y evaluación de las mejoras, que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que, tal como acabamos de decir, puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes.*



*A esta conclusión es obligado llegar a tenor de lo dispuesto en el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “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 una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia”.*

*De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que, como norma general, se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la banda de valores debe tener una amplitud “adecuada”. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar ‘a priori’ cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser “adecuada”, la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir, no es discrecional.*

*Estas consideraciones nos ponen ya sobre aviso con respecto al hecho de que la banda establecida para valorar la oferta técnica sea nada menos que de cuarenta y nueve puntos respecto de los cien que en total son atribuibles al conjunto de los criterios de valoración. Y ello debe llevarnos a la consideración de que el pliego no puede ser interpretado, y a ello induce también su propia redacción, desde un punto de vista racional en el sentido de que contiene un solo criterio, no evaluable mediante la aplicación fórmulas, denominado “oferta técnica” que se divide a su vez en nueve subcriterios o elementos para su valoración, sino, más bien, en el de que estamos ante un componente de la proposición denominado “oferta técnica”, frente al otro componente denominado “oferta económica”, para cuya valoración se establecen nueve criterios cuya evaluación debe hacerse mediante juicios de valor.*

*Pues bien, lo que resulta indiscutible, en todo caso, analizando el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuadro de características anexo es que a los mencionados nueve criterios no se les ha atribuido una ponderación relativa. No cabe interpretar este hecho como una aplicación de lo dispuesto en el artículo 150.4, que antes*



*hemos analizado, cuando habla de la posibilidad de enumerar los criterios por orden decreciente de importancia, pues este supuesto se reserva, según la propia dicción del precepto, para aquellos casos en que “por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos”, circunstancia ésta que, obviamente, no concurre en el presente caso, pues no se deriva de la naturaleza de los productos a valorar la imposibilidad de ponderar los criterios de adjudicación (de hecho han sido ponderados, aunque ‘a posteriori’), ni ha sido justificada tal circunstancia en ningún apartado del expediente de contratación.*

*Resulta así, que la única conclusión válida es que nos encontramos ante nueve criterios de valoración que no han sido ponderados previamente a la convocatoria de la licitación lo que constituye notoria infracción no sólo de lo dispuesto en el ya reiteradamente citado artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino también de lo establecido en el apartado 5 del mismo: “Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación”.*

*Y con esta infracción, se está por cierto violentando también el derecho de la Unión Europea, pues el artículo 150 del TRLCSP es el precepto a través de la cual se incorporó a nuestro derecho el artículo 53, apartado 2 de la Directiva 2004/18/CE, a cuyo tenor: “[...] el poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada. Cuando, en opinión del poder adjudicador, la ponderación no sea posible por razones demostrables, éste indicará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, el orden decreciente de importancia de los criterios”.*

*Este artículo no hace sino abundar en el sentido que venimos dando a nuestra resolución, sentido que resulta definitivamente corroborado por el considerado 46 de la misma directiva cuyo tenor literal es el siguiente: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, conviene establecer la obligación - consagrada por la jurisprudencia-- de asegurar la transparencia necesaria para que cualquier licitador pueda informarse razonablemente de los criterios y modalidades que se*



*aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Corresponde, pues, a los poderes adjudicadores indicar los criterios de adjudicación, así como la ponderación relativa atribuida a cada uno de dichos criterios, e indicarlo con antelación suficiente a fin de que los licitadores tengan conocimiento de ello para realizar sus ofertas”.*

*Pues bien, siendo tan claro el mandato comunitario y siendo las normas comunitarias fuente indudable de interpretación de las normas nacionales que las incorporan al derecho interno de los estados miembros, no debe ofrecer duda que la única conclusión correcta a que cabe llegar en relación con el hecho de que la cláusula cuestionada no incluya la ponderación relativa de cada uno de los criterios que contiene, es considerarla como una infracción de las normas reguladoras de la contratación pública.*

*En este sentido, por tanto, la escala de puntuación ha de ser ya advertida desde la documentación que rige la licitación, en este caso, desde el Cuadro de características del contrato, cuyo apartado 13, tal como hemos visto, enuncia los criterios subjetivos a valorar, pero no pondera la cuantificación de cada uno de ellos. El desconocimiento por parte de los licitadores de cómo se ha de valorar cada criterio resulta contrario al principio de no discriminación. En efecto, al establecerse la puntuación libremente por el órgano que valora después de conocido el contenido de las ofertas, es posible que la proporción relativa de la puntuación asignada a cada criterio pueda favorecer de forma no justificada una determinada oferta en perjuicio de las restantes.*

**Octavo.** *La falta de determinación de cómo se han de valorar cuantitativamente cada uno de los criterios subjetivos enunciados, con un máximo de 49 puntos, en el apartado 13 del Cuadro de Características del contrato, se ha de enjuiciar desde el respeto a la igualdad y no discriminación impuestos por la normativa comunitaria y recogidos fielmente en el artículo 1 del TRLCSP, lo cual, exige conocer las puntuaciones desde la documentación de la licitación, sin que pueda dejarse a la discrecionalidad técnica de la comisión asesora, pues en definitiva, implica una indefinición que puede ocasionar desigualdades en el procedimiento de contratación.*

*La falta de concreción de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración y, del mismo modo, el mismo margen para trazar los criterios de valoración de la oferta técnica o, en su caso, de las*



*eventuales mejoras, ya han sido analizados en varias resoluciones de este Tribunal y a título de ejemplo, traemos a colación la nº 69/2012, de 21 de marzo (recurso nº 44/2012), donde se citan otras anteriores, como la de 20 de julio de 2011 (recurso nº 155/2011). En este sentido, se concretó que, “la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”.*

*Todo esto debe llevarnos a considerar que, si no se han establecido previamente la puntuación de cada uno de los criterios para valorar la oferta técnica con un máximo de 49 puntos expuestos en el apartado 13 del cuadro de características del contrato, éste adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez, incurriendo en un vicio de nulidad de pleno Derecho del **artículo 62.1, a) LRJPAC** por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.*

*Todo ello nos lleva, a la vez, a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la primera fase del procedimiento, la superación del umbral mínimo de 20 puntos para la oferta técnica, debiendo, en su caso, el Servicio Murciano de Salud proceder a poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se ha de tener en consideración los fundamentos expuestos sobre la plasmación en los pliegos (cuadro de características del contrato) de la puntuación concreta dada a cada uno de los criterios, para una correcta apreciación de las ofertas técnicas que presenten las empresas licitadoras.”*

Atendido dicho pronunciamiento, es evidente que procede de igual modo y con idéntico fundamento la estimación del presente recurso, con anulación del acuerdo impugnado.

**Sexto.-** Si bien la estimación del primer alegato de las actoras y la subsiguiente estimación del recurso, con anulación del acuerdo impugnado, podría permitir considerarnos

dispensados de entrar a valorar las restantes alegaciones por aquéllas hechas valer, se juzga conveniente darles respuesta en lo que atañe a ciertos extremos de la licitación que, no dependiendo directamente de la defectuosa concreción en los pliegos de aplicación de los criterios de valoración, pueden suscitarse de igual modo de darse curso a un nuevo procedimiento de licitación.

En este sentido, es de destacar que las actoras objetan la composición del equipo técnico que elaboró el informe que sirvió de fundamento al Acuerdo de 11 de enero de 2013, afirmando que la valoración de la oferta técnica debió encomendarse a un Comité de Expertos Independientes, en los términos previstos en los artículos 25 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y detallando luego en su petitum que dicho Comité ha de estar integrado por *“al menos 5 de los 9 de Jefes de Servicio de Traumatología de los Centros Hospitalarios que componen la red de Hospitales del Servicio Murciano de Salud”*.

En este punto, ha de señalarse que la constitución de un Comité de Expertos al que se encomiende la evaluación de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, únicamente viene exigida en el artículo 150.2 TRLCSP y, en términos concordantes, en el artículo 25 del Real Decreto 817/2009, en aquellos casos en los que se atribuya a dichos criterios una ponderación superior a la que corresponda a los criterios evaluables de forma automática, siendo así que tal circunstancia no concurría en la licitación objeto de recurso, en la que, efectivamente, la ponderación atribuida a los criterios evaluables de forma automática era de 51 puntos, frente a los 49 reservados a los criterios evaluables con arreglo a juicios de valor.

Por otro lado, si bien es cierto que, en los casos en que, conforme a lo expuesto, no resulta exigible la constitución de un Comité de Expertos que, como señala el artículo 150.2 TRLCSP, *“cuente con un mínimo de tres miembros”* (que no cinco, como parecen querer exigir las actoras) la valoración se efectuará (como señala el artículo 25, in fine, del Real Decreto 817/2009) *“por la mesa de contratación, si interviene, o por el órgano de contratación en el caso contrario”*, ello no impide (como ha tenido ocasión de expresar este Tribunal, entre otras, en la resolución 62/2011) que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 160.1, in fine, pueda a los tales fines recabar cuantos *“informes técnicos considere precisos”*. Y, como se señaló en la citada resolución 62/2011, si bien *“no dispone la Ley si*

*para la elaboración de tales informes puede acudir a la colaboración de técnicos externos a la Administración o no, (...) la lógica permite entender que normalmente se tratará de técnicos del propio órgano de contratación para no provocar gastos adicionales a la contratación". Y todo ello en el bien entendido de que "tales informes, cualquiera que sea su procedencia, no son vinculantes para la Mesa, por aplicación de la norma general del artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: "Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".*

Desde esta perspectiva, no cabe formular objeción en derecho a que la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud encomendase a un Comité integrado por sólo dos Jefes de Servicio la emisión de un informe sobre la valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, toda vez que la constitución de un Comité de Expertos integrado por al menos tres miembros, en los términos del precitado artículo 150.2 TRLCSP, no resultaba indispensable por no concurrir los presupuestos a que se subordina tal exigencia.

En segundo lugar, y en lo que se refiere a pertinencia de excluir a los licitadores que no hubieran presentado oferta por la totalidad de los productos que componían el lote respectivo, las recurrentes alegan que los pliegos rectores del contrato no prohibían taxativamente tal eventualidad, por lo que no cabía a la Administración introducir un requisito nuevo no previsto en el contrato. A mayor abundamiento, destacan que los productos agrupados en lotes tienen sustantividad propia y podrían ser objeto de licitación separada, por lo que la propia formación de lotes era contraria a los principios de concurrencia y libre competencia.

Sobre este particular, lo primero que ha de destacarse es que la división del contrato en lotes y su concreta composición venía precisamente determinada en los pliegos de aplicación y, concretamente, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como en el punto 3.4 del Cuadro de Características anejo al Pliego de Cláusulas Administrativas.

Como bien es sabido y ha recordado este Tribunal (verbigracia, en su resolución 149/2012), el artículo 86 del TRLCSP (al igual que el 109.2) parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad



de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

De otro lado, habrá que estar, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia –que podría colisionar con la regla general de no división del contrato-, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Con estos presupuestos, ha señalado este Tribunal que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la conveniencia de contratación en varios lotes para el cumplimiento de las necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con el contrato, esgrimiendo a tal fin las razones que sean bastantes para resolver la eventual colisión con el principio de máxima concurrencia. Y, en el presente supuesto, no existe evidencia ni indicio bastante que permita inferir que tal decisión y la concreta configuración de los lotes de licitación comporte efectiva lesión de los aludidos principios rectores de la contratación.

Desde esta perspectiva, una vez que dicha decisión ha sido adoptada, como ocurrió en el presente supuesto, y, por ende, incorporada a los pliegos y devenido consentida por la expresa aceptación de su contenido por los licitadores, ninguna duda cabe de que las ofertas que éstos realicen deberán ajustarse, estrictamente, a los lotes así definidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145.1 TRLCSP y ello, so pena de exclusión, tal y como señala el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009. Lo contrario, es decir, si se admitiera, como parecen pretender las recurrentes, que las licitadoras pudieran concurrir presentando ofertas a algunos, que no a todos, de los bienes comprendidos en cada lote,

sería tanto como aceptar que pudieran modificar unilateralmente y a su voluntad las concretas previsiones que sobre su respectiva composición se contienen en los pliegos de aplicación, suplantando, por tanto, al órgano de contratación, en la exclusiva potestad de definir, resolviendo la colisión antes apuntada entre interés público y principio de concurrencia, el objeto del contrato.

**Séptimo.-** Sin perjuicio de estas consideraciones adicionales, tal y como antes se ha expuesto, procede la estimación del recuso, con declaración de nulidad de pleno derecho del apartado 13 del Cuadro de Características del contrato en lo referente a la determinación de los criterios para la valoración de las ofertas técnicas y consiguiente anulación de los acuerdos de exclusión impugnados, sin perjuicio de que, como se indica en la resolución del recurso 91/2013, pueda el Servicio Murciano de Salud proceder a poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se habrían de tener en consideración los fundamentos expuestos sobre la plasmación en los pliegos (cuadro de características del contrato) de la puntuación concreta dada a cada uno de los criterios para una correcta apreciación de las ofertas técnicas que presenten las empresas licitadoras.

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. T.P.C., en representación de ORBIMED, S.A.; D. A.G.S.C., en representación de FUTURIMPLANTS, S.L.; D. J.M.C.L.C., en representación de ALNAOS, S.A.; D. J.F.P., en representación de LAFITT, S.A.; D. E.M.A.V., en representación de BIOTECNIA SANITARIA, S.L. y D. A.P.V., en representación de MATERIALES E IMPLANTES ORTOPÉDICOS S.L., contra el Acuerdo dictado el 11 de enero de 2013 por la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud en cuya virtud se acordó la exclusión de las cinco primeras citadas mercantiles en el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de "Suministro de material de prótesis de traumatología con destino a centros dependientes del Servicio Murciano de Salud", SMS, (Expediente número CS/9999/1100279467/11/ACPA), anulándolo y dejándolo sin efecto, todo ello con simultánea declaración de la nulidad de pleno derecho

del apartado 13 del Cuadro de Características del contrato en lo referente a la determinación de los criterios para la valoración de las ofertas técnicas.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada en virtud de resolución de este Tribunal de 27 de febrero de 2013.

**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 la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.