



Recurso nº 846/2016 C.A. Región de Murcia 67/2016

Resolución nº 879/2016

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. O. C., en nombre y representación de la empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U., contra la resolución de adjudicación, en lo que atañe al Lote 8, del procedimiento *“Material desechable de esterilización. Expte. CS/9999/1100658733/15/ACPA”*, convocado por el Servicio Murciano de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Murciano de Salud convocó, mediante anuncios que fueron publicados en el DOUE de 9 de diciembre de 2015 y en el BOE de 22 de diciembre de 2015, así como adecuadamente insertos en el Perfil del Contratante respectivo, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato denominado de *“Material desechable de esterilización. Expte. CS/9999/1100658733/15/ACPA”*, cuyo valor estimado es de 2.103.122 euros, al que concurrió presentando oferta la ahora recurrente.

Segundo. Previos los trámites legales oportunos, el 14 de julio de 2016 se dictó resolución de adjudicación del referido procedimiento de contratación, expresando los licitadores que resultaban adjudicatarios en cada uno de los distintos lotes. El citado acuerdo explicitaba también cuales eran los licitadores excluidos en cada lote y los motivos de tal exclusión, expresando así, en lo que atañe al Lote 8, que había sido excluida, entre otros licitadores, la mercantil MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U., y ello por entender que los productos por ella ofertados *“ofrecen muy poca resistencia, lo cual dificulta la manipulación en el proceso de empaquetado”*.

Tercero. La citada resolución fue remitida el 26 de agosto de 2016 a las direcciones de correo electrónico que los licitadores y, entre ellos, la actora, habían designado a tal fin en sus ofertas.



Cuarto. El 8 de septiembre de 2016 la mercantil MEDLINE INTERNATIONAL IBERIAS.L. interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la referida resolución de adjudicación en lo que atañía al Lote 8, a cuyo recurso se asignó el número 846/2016.

Quinto. Con fecha 22 de septiembre de 2016 este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación producida automáticamente conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto. La Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que hayan sido presentadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, 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 de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. El contrato objeto de recurso es un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 15 del TRLCSP. Por otro lado, el concreto acto impugnado, a saber, la resolución de adjudicación, es acto susceptible de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.c) TRLCSP.

Tercero. En relación con la legitimación, es bien sabido que este Tribunal ha declarado de manera reiterada (por todas, Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012) que, a la luz del artículo 42 TRLCSP, el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.

De esta suerte, en lo que atañe a legitimación de los licitadores que no han resultado adjudicatarios, la resolución 746/2014, recordando a su vez lo expresado en la 288/2012, advertía:



“La imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato sí que es determinante de la ausencia de legitimación, como hemos declarado en multitud de ocasiones. Así, en nuestra Resolución nº 057/2012 decíamos que “Resulta evidente que el beneficio perseguido por la UTE recurrente no puede ser otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, aun admitiéndose su pretensión – que se valore su oferta económica por no ser anormal o desproporcionada-, lo único que conseguiría es que su oferta pasaría a ser la tercera o segunda mejor valorada, según que se consideren sólo su oferta o bien todas las ofertas excluidas por ser anormales o desproporcionadas -aspecto éste del todo improcedente-, sin que, por tanto, pudiera ser en ningún caso adjudicataria del contrato. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la UTE recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no es suficiente puesto que la UTE ahora recurrente no podría resultar en modo alguno adjudicataria, de ahí que la misma carezca de interés legítimo para recurrir en cuanto que no ostenta un interés concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación del recurso.” (En el mismo sentido la Resolución nº 319/2011 y Resolución nº 290/2011).

En este sentido hay que recordar que para analizar la legitimación no sólo basta con tener en cuenta la literalidad de la pretensión, tal y como ha sido formulada por el recurrente, sino que resulta fundamental valorar las condiciones de índole subjetiva y objetiva que afectan al que pretende ante la Administración.”

En el caso analizado, puede comprobarse que la actora, que concurrió a la licitación presentando oferta, impugna la resolución de adjudicación en lo que atañe al Lote 8, en el que su proposición se vio excluida. Por tanto, y dado que, supuesto que fueran hipotéticamente estimados sus alegatos, no podría excluirse que la nueva valoración de las proposiciones que de dicha estimación habría de derivarse pudiera determinar que resultara adjudicataria, debe reconocérsele tal legitimación.

Cuarto. En lo que al plazo para la interposición del recurso concierne, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 44.2 TRLCSP, según el cual el plazo para dicha interposición es “*de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado*”, en este caso la resolución de adjudicación. Siendo así que la citada resolución fue



remitida el 26 de agosto de 2016 y el recurso consta interpuesto ante este Tribunal el 8 de septiembre, debe concluirse que lo fue en tiempo y forma.

Quinto. Sentado todo lo anterior, es dable referirse ya a los motivos de impugnación hechos valer por la actora en su recurso.

La recurrente señala que, a su entender, la resolución de adjudicación adolece de manifiesto error en lo que atañe a la exclusión de su oferta, toda vez que el producto por ella ofertado cumple todas las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego de aplicación, siendo así que, sigue afirmando, sus características técnicas (en lo que atañe a la capacidad de barrera y resistencia mecánica) son superiores a las del material ofertado por la adjudicataria. Alega que la decisión de exclusión comporta una cierta desviación de los principios informadores de la actuación administrativa, en particular de los principios de transparencia y no discriminación, *“al haberse emitido sobre la base de elementos similares que pese a formar parte de ambas ofertas resulta en dos valoraciones totalmente opuestas”*.

El órgano de contratación, en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP, alega que no se cuestiona que el producto ofertado por la actora cumpla con los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas ni que sus características técnicas sean las descritas por la recurrente. Pero advierte que ni lo uno ni lo otro obsta a la exclusión acordada, que ha sido determinada por no haber alcanzado, tras las pruebas y manipulación a tal fin realizadas por el personal técnico encargado de la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, la puntuación que operaba como umbral para el acceso a la valoración de la oferta económica.

Sexto. Planteada así la cuestión, debe recordarse que el Pliego de Cláusulas Administrativas de aplicación establece, en el apartado 13.1.B) del correspondiente cuadro de características, que los criterios de valoración dependientes de un juicio de valor a tener en consideración en la adjudicación del Lote 8 (“hojas para empaquetamiento para peróxido de hidrógeno”) son “manipulación” y “resistencia”, a los que se asigna una ponderación de 30 y 15 puntos, respectivamente, sin ninguna otra indicación adicional, advirtiendo en su apartado 13.2 que *“las empresas licitadoras deberán alcanzar una puntuación mínima de 20 puntos en la fase de valoración de la oferta técnica para que pueda valorarse la oferta económica”*

A estos efectos, debe igualmente recordarse que el apartado 15.1.2 del meritado pliego establecía la obligación de incorporar muestras de los productos ofertados en el sobre B, para la debida valoración de los referidos criterios.



El informe técnico de evaluación de los tales criterios dependientes de un juicio de valor, emitido el 20 de mayo de 2016 y que opera como fundamentación implícita o “in aliunde” del acuerdo de adjudicación impugnado, expresa, en lo que atañe al referido Lote 8, lo que sigue:

“Los criterios en que se basa la evaluación de este lote con su puntuación son:

Manipulación: 30 puntos

Resistencia: 15 puntos

El papel de empaquetado presentado por las empresas AMCOR FLEXIBLES PERGUT S.L., BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA S.L., JOHNSON & JOHNSON S.A., JUVAZQUEZ S.L., Mediline International Iberia S.L.U., PALEX MEDICAL S.A. y VIALTA S.L. ofrecen muy poca resistencia, lo cual dificulta la manipulación en el proceso de empaquetado.

Los presentados por las empresas ANTONIO MATACHANA S.A. y Distruma Medical S.L. son considerablemente más resistentes que las anteriores, aunque la primera es ligeramente superior a la segunda en cuanto a resistencia”.

Y, tras ello, sin más, refleja la distinta puntuación acumulada (sin distinguir ni desglosar entre ambos criterios) otorgada a cada licitador, a saber, 45 puntos para ANTONIO MATACHANA S.A., 40 para DISTRUMA MEDICAL S.L. y 18 puntos para todos los restantes licitadores.

Sexto. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, ha de convenirse en la pertinencia de estimar el recurso interpuesto.

Este Tribunal, como expresa, entre otras muchas, la reciente resolución 606/2016, ha venido declarando que los principios básicos rectores de la contratación pública y, en particular, los de igualdad y no discriminación, exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación. Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de enero 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 relativos a los criterios de



adjudicación no establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo, señalábamos 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 ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes.

Citábamos entonces 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”*. Y concluíamos sobre esa base: *“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”*.

Por lo demás, este Tribunal viene configurando dicho vicio como generador de nulidad de pleno derecho. Así, en la Resolución nº 65/2013, de 6 de febrero indicábamos *“que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminación han de calificarse como nulas de pleno derecho porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”*.

De igual modo, en la resolución nº 132/2015, se afirmó:

“Por tales razones, la falta de concreción de las puntuaciones en los Pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta, supone 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.”

Pues bien, sentado todo lo anterior, se ofrece con toda evidencia que, en el caso analizado, los criterios de valoración del Lote 8 expresados en el apartado 13.1.B) del cuadro de características del pliego de aplicación adolecen de una evidente imprecisión y, además, tienen una excesiva amplitud. Ello es así en mayor medida si se tiene presente que, si bien nominalmente son dos, a saber, “manipulación” y “resistencia”, con una ponderación respectiva de 30 y 15 puntos, revelan en la práctica estar íntimamente vinculados, según se evidencia en el informe técnico, que justifica la dificultad en la manipulación por razón de la supuesta menor resistencia y otorga una puntuación única y conjunta a cada licitador, lo que permitiría hablar de un único criterio con una ponderación de 45 puntos.

Tal imprecisión y amplitud determina que su valoración quede sometida a la absoluta discrecionalidad, no susceptible de contraste ni control y, por tanto, potencialmente generadora de arbitrariedad, del órgano de contratación, lo que conculca los más elementales principios rectores de la contratación pública, en términos que obligan a calificar como nula de pleno derecho la meritada previsión del pliego. Estas consideraciones se ven, por lo demás, robustecidas por la extremadamente sucinta y hasta cierto punto tautológica justificación del informe técnico de valoración, en el que únicamente se expresa que determinados productos son menos resistentes y, por ello, menos manipulables que otros, lo que hace que deban recibir una menor puntuación en los criterios “manipulación” y “resistencia”, sin desglosar la valoración otorgada a cada uno ni detallar en qué medida ni por qué razón ello hace que siete de los nueve licitadores concurrentes reciban la misma puntuación, en todo caso inferior al umbral definido en el pliego.

Con ello, resulta claro que no se cumple con el objetivo que la exigencia legal de establecer en los pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación se persigue, que no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento.

Esta constatación, a saber, que nos encontremos ante el patente hecho de que el apartado 13.1.B) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurre, en lo que atañe a la



expresión de los criterios de valoración del Lote 8 (que es el estricto ámbito de este recurso), en vicio determinante de nulidad de pleno derecho, hace que, aun cuando no fuera en su momento oportunamente impugnado dicho pliego, tal nulidad sea, no obstante, susceptible de apreciación con ocasión de un recurso que, como el presente, ha sido interpuesto contra el acuerdo de adjudicación, tal y como reiteradamente ha señalado este Tribunal (en tal sentido, entre otras muchas, la resolución 225/2016).

Séptimo. Cuanto ha quedado expuesto conlleva la procedencia de estimar el recurso, declarando no ya la mera nulidad de la exclusión de la oferta de la recurrente, sino también la propia nulidad del apartado 13.1.B) del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en lo que atañe a los criterios dependientes de un juicio de valor de aplicación al Lote 8. Y, como consecuencia de ello, debe anularse el procedimiento de contratación en lo que a dicho Lote 8 concierne y ponerse en marcha un nuevo procedimiento de licitación en el que se tengan en cuenta las consideraciones que anteceden en cuanto a la fijación de los criterios dependientes de juicio de valor.

En efecto, conforme al criterio ya sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, dictada en el asunto C-448/01 “EVN y WIENSTROM”, la declaración de nulidad de un criterio de adjudicación, como es el caso, conlleva la sanción de nulidad de todo lo actuado en dicho expediente de concurrencia competitiva, con fundamento en el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre todos los licitadores, tanto los concurrentes como terceros que pudieron presentarse a dicha licitación. No obstante, en tanto en el presente recurso la licitación se ha hecho por lotes y el presente recurso (y con él, la declaración de nulidad del pliego acordada en esta resolución) se contrae, únicamente, a los criterios de adjudicación del Lote 8, debe igualmente limitarse el alcance de las consecuencias, con arreglo a la citada doctrina del TJUE, de tal declaración de nulidad a la licitación seguida en relación con el meritado lote.

Por todo lo anterior,

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. J. M. O. C., en nombre y representación de la empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U., contra la resolución de adjudicación, en lo que atañe al Lote 8, del procedimiento “*Material desechable de esterilización. Expte. CS/9999/1100658733/15/ACPA*”, convocado por el Servicio Murciano de Salud, y ello con expresa declaración de nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación seguido en relación con dicho Lote 8, lo que determina la retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Levantar la suspensión en su momento acordada.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso.

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 la Región 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.