



Recurso nº 1171/2023 C.A. Región de Murcia 86/2023

Resolución nº 1325/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 11 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.R.S.J. y D. J.G.T. en representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar el *“suministro de reactivos de serología necesarios para procesamiento de unidades de sangre en el Centro Regional de Hemodonación del Servicio Murciano de Salud”*, expediente CS/9999/1101100442/23/PA, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha de 31 de julio de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y mediante anuncios publicados en el DUOE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato es de 1.335.840,00 euros.

Segundo. En fecha de 11 de agosto de 2023, el recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que han de regir el contrato de referencia.

Tercero. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 24 de agosto de 2023, acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo



cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente Tribunal es competente para conocer este recurso de acuerdo con el artículo 46.2 de la LCSP, el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21 de noviembre de 2020).

Segundo. Se trata de una licitación que puede ser objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de suministros que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Igualmente se trata de un acto recurrible al tratarse de la impugnación de los pliegos que han de regir la contratación, con arreglo al artículo 44.2. LCSP.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 LCSP.

Cuarto. El recurrente está legitimado para la interposición del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurrente ya anuncia en su recurso que no va a presentar proposición y así lo ha confirmado el órgano de contratación mediante la aportación, a requerimiento de este Tribunal, del certificado de presentación de proposiciones, lo que sería, conforme a nuestra reiterada doctrina, causa, en principio, de denegación de legitimación para interponer este recurso. No obstante, ha de reconocérsele dicha legitimación porque en uno de los motivos del recurso, concretamente, impugna la siguiente estipulación que se establece dentro del apartado *“Especificaciones del equipamiento”* del PPT:



“Será por cuenta de la empresa adjudicataria cualquier modificación en las instalaciones que se pueda considerar necesaria por parte de los responsables del centro y suponga una mejora para el trabajo habitual del centro”.

Nos estamos refiriendo a una cláusula que está orientada, claramente, a la fase de ejecución del contrato y, por tanto, en principio, no impediría presentarse a la licitación, con independencia de lo que resultare de su impugnación. No obstante, en los términos de indefinición en los que está redactada, hemos de admitir que, como alega la recurrente, es muy complicado, *a priori*, formular una oferta que, en términos económicos y mirando en último extremo al necesario equilibrio económico del contrato, pudiera prever, de manera lógica y aproximada, los eventuales costes que pudiera ocasionar la aplicación de la cláusula referida, sujeta, además, a la voluntad del órgano de contratación, por lo que, con carácter excepcional, reconocemos la legitimación del recurrente para interponer el presente recurso.

Quinto. Sostiene el recurrente que en los criterios automáticos definidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), tres de los nueve que se fijan incumben a parámetros mínimos de cumplimiento obligatorio fijados en el pliego de prescripciones técnicas particulares (en lo sucesivo, PPT), llevándose a cabo una invasión de los criterios de adjudicación controvertidos en el ámbito de las prescripciones técnicas de cumplimiento obligatorio. De este modo considera que los criterios de valoración de las proposiciones deben estar necesariamente orientados a la selección de la oferta con mayor relación precio-calidad, atendiendo a las características intrínsecas del contrato y a la forma de la prestación a realizar, cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 145 de la LCSP, entre los que se encuentran los principios de igualdad y no discriminación.

Así, las prescripciones técnicas son requisitos específicos que un licitador debe cumplir en términos de características técnicas, calidad, rendimiento, diseño u otros aspectos técnicos del producto o servicio que está siendo licitado. Estas prescripciones, continúa, pueden ser relevantes para asegurar que el producto o servicio cumpla con los estándares necesarios para satisfacer las necesidades del comprador público. Y en este sentido, invoca aquí el principio de no valorar aquello que es exigible.



El mero cumplimiento de las prescripciones mínimas obligatorias establecidas en el PPT , a su juicio, nunca puede llevar aparejada la obtención de determinada puntuación en los criterios definidos en el PCAP para la adjudicación del contrato, sino que el cumplimiento de tales requisitos mínimos, conjugado en conjunto con la disposición de los requisitos de capacidad y solvencia, debe implicar solamente la admisión en el procedimiento de licitación y el progreso a la fase de valoración de las ofertas conforme a los precitados criterios de adjudicación.

A su vez, y a *sensu contrario*, la exclusión de una oferta del régimen concurrencial solo puede basarse en la contravención de algún aspecto fijado en el PPT como mínimo esencial de la prescripción; a su vez, y por tratarse precisamente del plus de calidad sobre los mínimos exigidos, no ha lugar en el marco legal actual a la exclusión de un licitador por incumplimiento de un criterio de adjudicación.

En el caso que nos ocupa considera que la conformación de estos tres parámetros obligatorios según el PPT que, a su vez se utilizan como criterios de adjudicación, agudiza el desequilibrio y desigualdad entre los potenciales licitadores, pues la consecuencia de que 21 de 50 puntos cualitativos estén preatribuidos a los licitadores que acrediten el cumplimiento del PPT -algo rechazado sistemáticamente por la doctrina de los tribunales y la jurisprudencia- es que el peso efectivo de los restantes 79 puntos (que incluyen los 50 puntos de la oferta económica) pasa a cobrar mucha más ponderación en orden a la adjudicación.

Por otra parte, considera que el criterio de adjudicación 2.9 está incorrectamente configurado, puesto que no se puede valorar conforme a criterios objetivos o fórmulas matemáticas.

A su juicio, aunque el criterio de adjudicación reseñado se califica como criterio automático, la formulación del mismo impide su aplicación y la atribución de puntuación de forma automática.

En efecto, del tenor literal del criterio, se entiende, dice la recurrente, que sólo quien acredite que los equipos ofertados generan la menor cantidad de residuos posible obtendrá 2 puntos; y, por otra parte, todos los demás licitadores no obtendrán puntuación alguna.



Así, sólo una empresa podrá ser acreedora de la puntuación prevista para el criterio de adjudicación: la empresa que oferte los equipos que generen la menor cantidad de residuos posibles, de entre todos los equipos ofertados.

Ahora bien, antes de aplicar el criterio, señala la recurrente, es imprescindible definir los parámetros contemplados en el mismo.

La redacción del criterio automático, a su juicio, encierra un conjunto de conceptos indeterminados que es menester definir antes de proceder a la aplicación del mismo, lo que desvirtúa su clasificación como “*automático*”, y justifica que dicho criterio deba ser eliminado, por indeterminado, del PCAP.

Para resolver la cuestión planteada, entiende, debe invocarse no sólo la consideración de que los pliegos son ley del contrato, sino la doctrina sobre la forma de interpretarlos de acuerdo con los principios generales de la contratación pública y con los preceptos del Código Civil relativos a la interpretación de los negocios jurídicos (artículos 1281 y siguientes).

Por último, se considera que se ha incluido obligaciones para el contratista ajenas al objeto del contrato, en concreto, en el PPT en su página 3, en el apartado relativo a las especificaciones del equipamiento.

Considera que se trata de una obligación indeterminada por no existir definición alguna del concepto denominado modificación en las instalaciones y que su pertinencia dependerá exclusivamente del criterio de los responsables del centro.

Tampoco define, a su juicio, el PPT qué se considerará como una mejora para el trabajo habitual del centro. La obligación que predica el PPT en la cláusula mentada no se refiere a los habituales trabajos de colocación e instalación de los bienes suministrados que prevé la LCSP, pues se refiere a modificaciones en las instalaciones, y no a las tareas de adecuación para la instalación de los equipos. Son prestaciones adicionales, indeterminadas, cuya pertinencia y alcance queda al albur de los responsables del centro.



Asimismo, señala que no se ha desglosado una partida en el presupuesto específica para estas mejoras/modificaciones que garantice el equilibrio económico del contrato y asegure al futuro adjudicatario la correspondiente remuneración de las posibles modificaciones que se puedan reclamar al amparo de esta cláusula. Este extremo, de haberse fijado convenientemente habría servido también como límite económico de las exigencias que se podrían formular por parte de la entidad contratante durante la ejecución del contrato.

Por su parte, tampoco en la Memoria Justificativa encuentra fundamento para la inclusión de la obligación impugnada.

A su juicio, estando delimitados y motivados todos los elementos que conforman el contrato, no se identifica una necesidad intrínseca de mejora permanente que coincida con la obligación contractual incluida en el PPT, objeto de reclamación. Por ello, afirma la recurrente que es una obligación arbitraria e indeterminada, que podrá actuar en perjuicio de la empresa adjudicataria.

Además, considera que por su indeterminación –cualquier modificación en las instalaciones– puede poner el riesgo la viabilidad económica del propio contrato puesto que las empresas licitadoras desconocen, en el momento de presentar sus ofertas, la magnitud, naturaleza y coste económico de las modificaciones en las instalaciones que se puedan considerar necesarias y que además serán determinadas durante la fase de ejecución del contrato por parte de los responsables del centro, en base a su exclusivo criterio de lo que consideren como mejora para el trabajo habitual del centro.

Como consecuencia de lo anterior, el recurrente solicita la nulidad de los pliegos, debiendo el órgano de contratación, en ejecución de una resolución estimatoria, proceder a la convocatoria de un nuevo expediente de licitación.

Sexto. A la vista del recurso, el órgano de contratación se allana a las pretensiones de la parte contraria, comunicando que va a proceder a retirar el expediente de licitación y a redactar nueva documentación con nuevos criterios de adjudicación que recojan de forma más clara y precisa los objetivos planteados inicialmente con esta licitación.



Séptimo. Nos encontramos, por consiguiente, ante un allanamiento del órgano de contratación a la pretensión articulada en su recurso por la recurrente.

La LCSP, al abordar la regulación del recurso especial en materia de contratación, no contempla de forma expresa la posible terminación del mismo por el reconocimiento, por parte del órgano de contratación, de las pretensiones hechas valer por el recurrente, si bien es lógico y evidente que debe admitirse tal posibilidad, por aplicación analógica de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa.

En este sentido, en la resolución nº 249/2020, de 20 de febrero (Recurso nº 1598/2019) se resume la doctrina que este Tribunal aplica en orden al reconocimiento por el órgano de contratación de la pretensión del recurrente:

“A este respecto, conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con estos supuestos, pudiendo citar, por todas, la Resolución de 14 de agosto de 2019, recurso 892/2019:

“Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, “(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del Órgano de Contratación con las pretensiones del recurrente.

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la “reformatio in peius”. Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez “juez y parte” y por



ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial “ad hoc”, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una “infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el Órgano de Contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente “infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico”.

Esto es, ante el allanamiento del órgano de contratación sólo cabe proceder a la estimación del recurso especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. En el presente caso la pretensión ejercitada no conlleva una infracción del ordenamiento, pues la duplicidad de circunstancias contenidas en los



pliegos, como condiciones técnicas mínimas de la prestación y como criterios de adjudicación, evidencia que los criterios de adjudicación no se han plasmado correctamente.

Los criterios de adjudicación deben reflejar circunstancias que puedan suponer un incremento del nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución (Resolución nº 1116/2019, de 7 de octubre de 2019). Requisito que no se satisface, evidentemente, si las circunstancias recogidas en el criterio se exigen ya a todos los licitadores como condiciones técnicas mínimas de la prestación en el PPTP.

Por lo tanto, procede admitir el allanamiento del órgano de contratación y estimar el recurso, por lo que los pliegos deben ser anulados y retrotraer el procedimiento al momento de su aprobación.”

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, es claro que procede la aplicación de la regulación que sobre el allanamiento contempla la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 75. No se aprecia aquí que la estimación de la pretensión articulada en el recurso implique una infracción manifiesta de la normativa aplicable.

En consecuencia, procede estimar el recurso y acordar la retroacción del procedimiento de contratación para la aprobación de unos nuevos pliegos, conforme se ha comprometido el órgano de contratación en el informe sobre el recurso.

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. I.R.S.J. y D. J.G.T. en representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar el “*suministro de reactivos de serología necesarios para*



procesamiento de unidades de sangre en el Centro Regional de Hemodonación del Servicio Murciano de Salud”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES