



Recurso nº 52/2016 C.A. Principado de Asturias 3/2016

Resolución nº 203/2016

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

En Madrid, a 11 de marzo de 2016.

VISTO el recurso presentado por D. J.A.L-F., como Presidente de la Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (en adelante ADIMPA) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del *“Acuerdo Marco para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Central de Asturias y al Hospital Monte Naranco”* tramitado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias; expediente A4AS/1/1/115/2015; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Diario Oficial de la Unión Europea publicó el 2 de enero de 2016 anuncio de licitación del procedimiento para la celebración del contrato de suministro de prótesis de rodilla. Este anuncio fue enviado a la Oficina de publicaciones del DOUE el día 30 de diciembre de 2015.

El anuncio de licitación del procedimiento para contratar el suministro de prótesis de rodilla fue publicado en el BOE del día 14 de enero de 2016 y en el Perfil de Contratante del Gobierno del Principado de Asturias el día 18 de enero de 2016.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato se ajusta al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Asimismo es aplicable en lo que no resulta contrario a aquél el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de



Contratos del Sector Público. Supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo, particularmente la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias y la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Tercero. En lo que interesa a este recurso en el que se impugnan diferentes apartados de los pliegos, conviene transcribir los aspectos objeto de discusión. El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) del contrato que se pretende celebrar prevé:

“4.8. Dado que no es posible prever la cantidad de cada modelo a implantar, el adjudicatario depositará el material adjudicado en la cantidad suficiente para el desarrollo óptimo de la actividad asistencial de los centros, que se determinara conjuntamente en función de los consumos y cuya reposición será según implante. El depósito se realizara en la cantidad que se acuerde, lo que no implica necesariamente que deba depositarse todo el objeto del suministro sino que atendiendo a las necesidades asistenciales que pudieran darse, se acordará el depósito de cierta cantidad de productos, atendiendo precisamente a las necesidades asistenciales en cada centro.

En todo caso, la ejecución del contrato se ajustará a lo dispuesto en el artículo 292 del TRLCSP.

4.9 El material no utilizado, próxima su fecha de caducidad, será retirado por el adjudicatario, sin coste adicional.

4.10 El proveedor asegurará la reposición del depósito en un tiempo inferior a 24 horas.

4.11. Al finalizar el contrato será responsabilidad del adjudicatario retirar los depósitos no consumidos, así como el instrumental aportado.”

Cuarto. El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante PCAP) en el apartado K.2 del cuadro de características prevé, en relación con los medios personales y materiales exigidos, *“El adjudicatario deberá aportar, en perfectas condiciones de uso y asepsia, el instrumental, equipamiento, material adicional específico y/o accesorio necesario para la adecuada implantación de las prótesis adjudicadas, estando estos y su*



mantenimiento, incluidos en el previo final de los materiales así como cualquier el resto de medios personales y materiales indicados en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”

Quinto. La cláusula 3.2 del PCAP dispone:

“3.2. En los lotes en que se contemplan tornillos, se han tenido en cuenta un máximo de 4, incluidos en el previo de la prótesis. Las empresas facturarán por el número realmente utilizado, sin que se produzca facturación adicional en el caso de que la fijación se realice con un número mayor de 4”

Sexto. Entre los criterios de adjudicación del contrato, el PCAP en el apartado N.I.2), se incluye la versatilidad del instrumental, y especifica como criterio, la calidad técnica del instrumental específico:

- Se valorarán con 9 puntos aquellas ofertas cuyo instrumental cumpla con las características de solidez, composición y seguridad requeridas.
- Se valorarán con 0 puntos aquellas ofertas cuyo instrumental no se considere que cumple con las características de solidez, composición y seguridad requeridas.

Séptimo. Asimismo, el recurso impugna otro de los criterios subjetivos de adjudicación, previsto en el apartado N.I.2) del PCAP, cuando se refiere a las prestaciones complementarias. Disponibilidad, en cuanto a versiones de cada implante, según el uso estimado del servicio:

- Se valorarán con 6 puntos aquellas ofertas que aporten suficientes versiones de cada implante según el uso estimado del servicio.
- Se valorarán con 0 puntos aquellas ofertas que no se considere que aporten el número de versiones adecuado por implante.

Octavo. El apartado K.1 del cuadro de características del PCAP, al que se remite la cláusula 4.5 del PCAP, dispone en relación a la solvencia técnica y profesional exigible a los licitadores acreditar la *“Relación de los principales suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros*



efectuados se acreditarán mediante certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Criterio de selección: Aportarán como mínimo tres certificados positivos sobre la calidad de los suministros idénticos a los del objeto del contrato, emitidos por los máximos responsables de las empresas o instituciones con las que el licitador haya tenido relación comercial. Será requisito mínimo que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.”

Noveno. La cláusula P.3 del cuadro de características del PCAP establece: *“En el supuesto de que se produzca la licitación a nivel nacional o autonómico en condiciones más ventajosas, el Hospital podrá resolver el contrato suscrito para la adquisición de los productos objeto del presente acuerdo.”*

Décimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, el día 4 de febrero de 2016 acordó 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 manera que sea en esta resolución del recurso la que acuerde levantar la medida de acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud del Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013, en el marco del artículo 41.3 del TRLCSP, toda vez que de conformidad con el artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP mediante este recurso se pretende impugnar el pliego de prescripciones técnicas de un acuerdo marco para el suministro de implantes de rodilla, publicado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.



Segundo. El artículo 42 del 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”*. Asimismo, el artículo 24.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación dispone que: *“1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.”*

El recurso ha sido interpuesto por la Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (ADIMPA). Ésta tiene entre sus fines la representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales, profesionales y culturales de los asociados, y en general de todos aquéllos asuntos que por su trascendencia, rebasen los límites de actuación particular de los mismos. Asimismo, la creación, gestión e impulso de aquellas instituciones que se consideren necesarias para el mejor desarrollo de las entidades y personas asociadas. Además de la promoción de servicios comunes y en general, la realización de funciones que se consideren convenientes para la mejor consecución de los fines sociales.

Además, los Estatutos de la Asociación prevén que serán miembros de la misma, todas aquellas personas físicas como jurídicas dadas de alta fiscal en Asturias, que por su objeto social se dediquen a la distribución de instrumentación científica y médico-quirúrgica en su más amplio sentido.

En consideración al objeto del contrato licitado que no es otro que el suministro de prótesis de rodilla, de acuerdo con los fundamentos transcritos, debe reconocerse interés legítimo a ADIMPA para interponer este recurso.

Tercero. Se impugnan cláusulas, tanto del PCAP como del PPT del contrato y estos fueron conocidos por la recurrente al tiempo de la publicación del anuncio de licitación, el día 2 de



enero de 2016. El recurso se interpuso el día 20 de enero de 2016, cumpliendo así el requisito temporal exigido para recurrir en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. El primer argumento de la Asociación se centra en la infracción por el pliego de prescripciones técnicas de los artículos 216.4, 292 y 293 del TRLCSP.

La tesis de la recurrente parte de la configuración por el órgano de contratación a través del PPT de un depósito sobre las prótesis de rodillas que contraviene los derechos que se reconocen al contratista en los artículos 216, 292 y 293 del TRLCSP. La cláusulas discutidas por la Asociación son las transcritas en el antecedente tercero y que sucintamente, suponen a juicio de la recurrente que el adjudicatario deposite el material objeto del suministro en la cantidad suficiente para el desarrollo óptimo de la actividad asistencial. La cantidad será acordada en consideración con las necesidades asistenciales de cada centro. Asimismo, el material no utilizado será retirado por el adjudicatario sin coste adicional cuando esté próximo a su fecha de caducidad. Asimismo, el proveedor debe asegurar la reposición del depósito en menos de 24 horas. Por último, al finalizar el contrato el adjudicatario debe retirar los depósitos no consumidos y el instrumental aportado.

Estima la Asociación recurrente que mediante la cláusula 3.2 del PPT el órgano de contratación altera el régimen legal de facturación, toda vez que ésta se emitirá sin consideración al momento en que los suministros se entregan, retrasando ésta al tiempo en que las prótesis son utilizadas.

El informe del órgano de contratación acepta el denominado “depósito asistencial” en los términos descritos por la recurrente como una práctica consolidada y conocida, ya que el suministro debe hacerse depender de la actividad asistencial de los centros hospitalarios y de las necesidades clínicas. El órgano de contratación define el depósito asistencial como el conjunto de productos almacenados en la antesala del quirófano que se caracteriza por ser material cuya propiedad, y habitualmente su gestión logística, corresponde al proveedor hasta el momento de su disposición para el consumo. Asimismo, no contradice la interpretación que la Asociación recurrente hace de la cláusula 3 del PPT en cuanto al pago del precio por los bienes suministrados.

El artículo 216 del TRLCSP dispone que:



“1. El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

2. El pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

3. El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222.4, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 222.4 y 235.1, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.



En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de presentación de la factura en el registro correspondiente, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.”

El artículo 292 del TRLCSP prevé:

“1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiere incurrido en mora al recibirlos.

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.”

Asimismo el artículo 293, en cuanto al pago del precio establece:

“El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.”

La cuestión discutida en este fundamento, alega la recurrente, fue objeto del Recurso nº 145/2012 ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y que dio lugar a la Resolución nº 148/2012 de 5 de diciembre de 2012, en la que se estimó que el pliego que retrasaba el plazo de pago infringía el artículo 216 del TRLCSP. El



fundamento de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid para estimar el recurso es el siguiente: *“Ahora bien debe examinarse si el PCAP contraviene las disposiciones legales aplicables por lo que al pago del precio se refiere. Debe ponerse de relieve en primer lugar, a tal efecto, que dado que las prótesis a suministrar tienen fecha de caducidad, son productos perecederos, a los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 292.4 que a la sazón prevé que una vez recibidos los productos por la Administración la misma será responsable de su gestión uso y caducidad sin perjuicio de los vicios o defectos ocultos, constando que dicho apartado fue introducido por enmienda basada en la siguiente motivación: “la contratación administrativa está presidida por el principio del mantenimiento del equilibrio patrimonial del contrato, evitando situaciones que supongan para el empresario daños y perjuicios injustificados, En el mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia reconociendo que la Administración debe evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de un particular. Sin embargo en los pliegos de determinadas licitaciones suelen introducirse cláusulas por las que la Administración se reserva el derecho a devolver la parte no utilizada de determinados productos perecederos o un porcentaje de los mismos caducados en poder de la propia Administración, generándose un perjuicio para las empresas suministradoras.”*

Por otro lado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, establece en su informe 17/2008, de 28 de julio de 2008, “Pues bien, puesto que el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo (“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable...”) debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional.”

A ello debe añadirse que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,(que incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000), modificada por la Ley 15/2010 de 5 de julio, establece en su artículo 9 que “para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas



las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor”, siendo así que, dado que el pago no se produciría hasta treinta días después a contar desde la recepción que se verificaría cuando las prótesis fueran efectivamente utilizadas en cada centro hospitalario, el SERMAS a pesar de tener los productos a su disposición demoraría el pago sine día, con lo que se produce el efecto más arriba descrito de proporcionar al deudor liquidez a expensas del contratista. Considera por tanto este Tribunal a la vista de todo lo anterior, que no es posible establecer, a la luz del principio de libertad de pactos, como fecha de entrega la de la efectiva utilización de las prótesis objeto del contrato, cuya utilización si bien es cierto que responde a las situaciones asistenciales eventuales que pudieran darse, puede ser objeto de previsión por los correspondientes servicios hospitalarios, complementando posibles situaciones imprevistas con cláusulas tendentes a la existencia de un stock mínimo de productos en los almacenes de las empresas adjudicatarias y un plazo máximo de entrega.”

A la luz de la motivación del Tribunal de Madrid, que acogemos, debe igualmente estimarse el recurso y anular, de acuerdo con el artículo 33 del TRLCSP, las cláusulas contrarias a que el plazo de pago se modifique respecto del día en que las prótesis de rodilla fueron entregadas, de conformidad con el artículo 216.4 del TRLCSP.

Quinto. El segundo motivo que aduce la Asociación para la impugnación encuentra su fundamento en la infracción de los artículos 86 y 87 del TRLCSP. La recurrente estima que a pesar de que el pliego define el objeto del contrato limitado al suministro de prótesis de rodilla, el apartado B.1 del cuadro de características del PCAP dispone que incluya el instrumental, equipamiento, material adicional específico y/o accesorios necesarios para la adecuada implantación de las prótesis adjudicadas.

El apartado K.2 del cuadro de características del PCAP impone al adjudicatario el deber de aportar, en perfectas condiciones de uso y asepsia, el instrumental, equipamiento, material adicional específico y/o accesorio necesarios para la adecuada implantación de las prótesis adjudicadas, estando estos y su mantenimiento, incluidos en el precio final de los materiales, así como cualquier resto de medios personales y materiales indicados en el PPT. Considera la recurrente que falta la determinación del material específico y el precio que la Administración ha de pagar vulnerando así los artículos 86.1 y 87.1 del TRLCSP.



La Asociación recurrente funda su argumento en el antecedente que se recoge en la Resolución 132/2013, de 5 de abril de este Tribunal.

Por su parte el órgano de contratación considera que al referirse al material específico que ha de suministrarse junto a la prótesis de rodilla, se está refiriendo al propio que cada fabricante tiene como instrumental singular para la implantación del modelo de prótesis que se oferta. Añade el órgano de contratación que el pliego define con claridad el número total de prótesis a implantar en un año, coincidiendo éste con el número de equipos de instrumental específico que se van a utilizar en el quirófano.

De acuerdo con el artículo 86.1 del TRLCSP *“1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado”*.

Asimismo, el artículo 87.2 del TRLCSP dispone: *“2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”*.

De acuerdo con los pliegos el adjudicatario deberá suministrar el número de prótesis necesarias y que resulta estimado por el órgano de contratación, de acuerdo con los consumos históricos. Además, el contratista deberá hacer entrega del instrumental específico necesario para la colocación de estas prótesis en consideración a su modelo, circunstancia que no depende del órgano de contratación sino del propio modelo de prótesis que oferta el licitador. Consecuentemente, siendo un elemento accidental al suministro de las prótesis ofertadas por el licitador corresponde a éste integrar los elementos singulares o específicos que necesitará la Administración para la implantación de la prótesis. El instrumental necesario o específico o accesorio dependerá del fabricante, debiendo el licitador que oferte, hacer el cálculo para que este instrumental sea suficiente y, en su caso, repercutir en los costes en las prótesis de rodilla, único producto que igualará a todos los proveedores, toda vez que, el instrumental necesario puede diferir en consideración a la prótesis.



La configuración del PPT en la forma que ha elegido el órgano de contratación se estima ajustada a derecho toda vez que mediante la previsión de elementos accesorios a las prótesis de rodilla admite la variedad en el suministro de estas sin condicionar el instrumental necesario y accesorio que acompañan al suministro principal y cuyo coste ha de asumir el licitador o bien repercutir en su oferta.

Llegado este punto, si la cuestión que se suscita por vía de este recurso pudiera llevar a una duda a los licitadores en la determinación de su oferta, tal y como se indicó en la Resolución 365/2015, de 24 de abril –alegada por la recurrente-, será posible utilizar el mecanismo previsto por el 158 del TRLCSP. En este sentido, en el apartado V.2 del PCAP y en el anuncio en el BOE del procedimiento de licitación, se identifica el lugar en el que se podrá solicitar información complementaria.

Sexto. Igual respuesta ha de darse a la cuestión sobre el “material no específico”, concepto acuñado por la Asociación recurrente para referirse a todo aquello que resulte necesario para llevar a cabo la operación médica que supone el implante. Respecto a éste, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que no se encuentra incluido en el objeto del contrato.

Séptimo. La recurrente considera que el PPT infringe el artículo 87 del TRLCSP al no establecer un precio unitario por cada tornillo.

El órgano de contratación prevé en la cláusula 3.2 del PPT que: *“En los lotes en que se contemplan tornillos, se han tenido en cuenta un máximo de 4, incluidos en el precio de la prótesis. Las empresas facturarán por el número realmente utilizado, sin que se produzca facturación adicional en el caso de que la fijación se realice con un número mayor de 4”*

La cuestión que suscita la recurrente apunta hacia la cuantía que ha de facturar la empresa cuando el número de tornillos resulta ser inferior a cuatro, toda vez que no se determina el valor del tornillo a los efectos de que pudiera deducirse en el caso en el que la prótesis ofertada necesitara un número inferior.

Siendo aclarado por el pliego que no se podrán facturar tornillos en un número superior a cuatro, nada se indica que, considerando el número real de tornillos suministrados, cuando



fueran menos de cuatro no pudiera deducirse el coste estimado por el órgano de contratación, reduciéndose el precio del suministro en consideración a la literalidad de la cláusula, toda vez que *“las empresas facturarán por el número realmente utilizado”*. Bajo esta interpretación, resulta necesario que el órgano de contratación indique el valor estimado de los tornillos, que podrá ser deducido, de la factura, si el suministro por prótesis fuera inferior a cuatro. En definitiva, si el órgano de contratación pretende reducir el precio de las prótesis, en consideración al número de tornillos que requiere cada implante debería determinarse el valor del tornillo considerado. Sin perjuicio de que, tal y como queda redactado el pliego no se producirá un incremento del precio de la prótesis en el caso de que el número de tornillos fuera superior a cuatro.

Así interpretada la cláusula 3.2 del PPT, podría suscitarse la infracción del artículo 67.5 del Real Decreto 1098/2001 en consideración al artículo 68.3 del mismo, y en consecuencia anular el régimen de pagos contenidas en el PPT por resultar necesario que éste se prevea en el PCAP. No obstante la cuestión no resulta relevante si ante la duda se realiza una interpretación sistemática de los pliegos y se considera que en el PCAP letra E del cuadro de características se incluye el presupuesto con los datos que reproduce el PPT, y sin que pueda entenderse que los tornillos que superen el número de cuatro por cada lote puedan ser facturados adicionalmente toda vez que el PPT, que fija las características de la prestación dispone que en los lotes se han de incluir los instrumentos específicos necesarios para hacer la implantación y entre estos se incluyen los tornillos con independencia del número que sea preciso, bien sea mayor o menor a cuatro.

No obstante, no cabe duda que la expresión *“las empresas facturarán por el número realmente utilizado”* introduce un elemento de oscuridad en el PPT que resulta incompatible con la necesaria certidumbre del precio exigida en el artículo 87 del TRLCSP del contrato y en consecuencia procede la anulación de la causa por infracción del citado artículo, conforme el artículo 33 del TRLCSP.

Octavo. El recurso impugna, por infracción del principio de transparencia, el criterio de adjudicación no cuantificable mediante la aplicación de fórmulas incluido en el apartado N.I.2) del cuadro de características del PCAP.



La recurrente considera que cuando el pliego de condiciones administrativas particulares introduce un criterio de adjudicación como es la solidez, composición y seguridad del instrumental específico pero no define cuales son estas características, infringe el principio de transparencia.

El informe del órgano de contratación sitúa la valoración de estas características en el comité técnico que se constituye para realizar la evaluación de las ofertas técnicas y éste ha de aplicar un criterio subjetivo de valoración. Asimismo, el órgano de contratación indica algunos criterios que podrían servir para la integración de los adjetivos que se incluyen en el criterio de adjudicación subjetivo discutido.

El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que:

“a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nº102/2013, 263/2011).

b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014).

c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengán a concretar en



cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (...)”

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.

Admitidos así los criterios de valoración dependientes de un juicio de valor en el caso objeto de impugnación se observa que se valorarán con 9 puntos aquellas ofertas cuyo instrumental cumpla con las características de solidez, composición y seguridad requeridas, y con 0 puntos en caso contrario. Entiende el Tribunal que tal y como está definido el criterio, sin perjuicio de la discrecionalidad técnica que ampara a los técnicos, lo cierto es que el PCAP en la definición de criterio adolece de una más precisa determinación que siendo posible limitar, en los términos que explica el informe del órgano de contratación mediante Normas UNE, certificados ISO, materiales, etcétera, prefirió mantener en un ámbito de indefinición que pudiera dar lugar a cierta arbitrariedad en su aplicación, siendo además significativo que los licitadores al tiempo de realizar su oferta desconocen cómo se va a valorar ese criterio. Asimismo, resulta relevante que ni siquiera se admiten valoraciones intermedias, se tienen esas características o no, lo que hace que sea esencial que los licitadores conozcan la información que demanda la Asociación recurrente para la adecuada formación de la oferta coherente de cara a obtener la valoración del criterio.



En consecuencia el motivo debe estimarse por infracción del artículo 150.2 del TRLCSP y que por afectar al principio de transparencia en la contratación procede declarar la nulidad del criterio previsto en el cuadro de características del PCAP relativo a las características de solidez, composición y seguridad del instrumental específico.

Noveno. La recurrente, ADIMPA, estima que infringe el principio de transparencia la definición del criterio de adjudicación relativo a las prestaciones complementarias, previsto en el apartado N.I.2) del cuadro de características del PCAP, toda vez que no se define el concepto “versión de cada implante” y no se precisa el uso estimado de versiones del servicio o el número de versiones que se estima suficiente.

En el informe del órgano de contratación al recurso, a diferencia del motivo de impugnación anterior, no hace aclaración alguna acerca de las cuestiones que plantea la Asociación recurrente en relación con el criterio de adjudicación sobre prestaciones complementarias y las versiones, su uso estimado y el número de versiones que serían suficientes.

Este Tribunal desconoce las eventuales versiones que sobre un suministro de implantes de rodilla pudieran existir en el mercado. Se estima que este criterio permite la valoración de soluciones innovadoras en la prestación del suministro, a modo de variantes, de manera que las versiones de la prótesis que pudieran ser ofertadas serían admisibles en el marco del artículo 147 del TRLCSP. No obstante, en el anuncio de licitación se dispone expresamente que no se admitirán variantes, cuestión que resulta contradictoria con la incorporación de un criterio de adjudicación que se refiera a posibles versiones de las prótesis.

La indeterminación del concepto de versión que revela el pliego unido a la falta de concreción por el órgano de contratación, siquiera en el trámite del recurso y a la imposibilidad de considerar las versiones anunciadas en el criterio de adjudicación estudiado llevan a una indeterminación en el criterio de adjudicación incompatible con el principio de transparencia en los términos que indica la recurrente y en consecuencia procede declarar la nulidad del criterio por infracción del principio de transparencia que ha de regir la contratación.

Décimo. El recurso impugna el criterio de selección de las empresas relativo a la experiencia que se prevé en el apartado K.1 del cuadro de características del PCAP, al que



se remite la cláusula 4.5 del PCAP. El órgano de contratación opta para acreditar la solvencia técnica y profesional de los licitadores por la *“Relación de los principales suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.”*

Criterio de selección: Aportarán como mínimo tres certificados positivos sobre la calidad de los suministros idénticos a los del objeto del contrato, emitidos por los máximos responsables de las empresas o instituciones con las que el licitador haya tenido relación comercial. Será requisito mínimo que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.”

El artículo 67.5 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé, al regular el contenido del pliego: *“En los contratos de suministro los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes (...)*

b) Criterios de selección del contratista.

(...)

2º Criterios de selección relativos a la solvencia técnica del empresario que se aplicarán, especificando uno o varios de entre los siguientes:

- Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años que sean de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto a los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los*



suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. En los pliegos se especificará el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado, en el año de mayor ejecución del período antes indicado, en suministros de igual o similar naturaleza que los del contrato. Los certificados de buena ejecución de los suministros incluidos en la relación cuyo destinatario fue una entidad del sector público podrán ser comunicados directamente al órgano de contratación por la entidad contratante del suministro.”

La norma alegada permite que el órgano de contratación establezca, de acuerdo con un principio de proporcionalidad, los criterios de selección en el artículo 62.2 del TRLCSP, como medio para acreditar la solvencia de los licitadores.

A la luz del artículo 67.5 del Real Decreto 1098/2001, que ampara exigir acreditar los mismos suministros o de la misma naturaleza, la exigencia establecida en el apartado K.1 del cuadro de características del PCAP no contradice la normativa aplicable.

Por otro lado, en cuanto al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 62.2 del TRLCAP, no se aporta prueba alguna por la recurrente que permita justificar la vulneración de este principio.

El motivo debe ser desestimado.

Undécimo. El recurrente considera que el apartado P.3 del cuadro de características del PCAP resulta contrario al artículo 1.115 del Código Civil y al artículo 224 y 300 del TRLCSP, toda vez que configura una causa de resolución que depende de la propia Administración contratante.

La citada cláusula establece que *“En el supuesto de que se produzca la licitación a nivel nacional o autonómico en condiciones más ventajosas, el Hospital podrá resolver el contrato suscrito para la adquisición de los productos objeto del presenta acuerdo marco.”*



El recurrente alega el criterio que recoge la Resolución 365/2015, de 24 de abril del Tribunal en el que se estimó, en un caso similar, que *“Si durante el plazo de ejecución del presente contrato se adjudicara un Acuerdo Marco por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en condiciones más ventajosas para la Administración, el Servicio de Salud de Castilla-la Mancha, podrá optar por la resolución del presente Acuerdo Marco para su adhesión al Acuerdo Marco, o acordar con el contratista idénticas condiciones económicas y técnicas a las del citado Acuerdo Marco. (...)*

Contrariamente a lo alegado por las parte, el supuesto de hecho que daría lugar a la aplicación de esta cláusula no depende de la mera voluntad de una de las partes, sino de un tercero, la Administración del Estado, que tiene personalidad jurídica propia e independiente de la Comunidad Autónoma. No se trata por tanto de un supuesto de resolución unilateral del contrato, sino de una auténtica condición resolutoria, entendida ésta en el sentido definido en los artículos 1113 y 1115 del Código Civil: el acaecimiento de un suceso futuro e incierto que no depende de la exclusiva voluntad de una de las partes. Desde este punto de vista, por tanto, la cláusula resulta conforme a Derecho, sin perjuicio de que ese posible elemento de incertidumbre sea tenido en cuenta por los licitadores a la hora de decidir si acuden o no a la licitación”.

En el caso objeto de este recurso la resolución que trae como causa la adjudicación de un acuerdo marco celebrado por la Administración General del Estado supondría un supuesto de condición resolutoria, amparado por el artículo 223 del TRLCSP en relación con los artículos 1113 y 1115 del Código Civil.

No obstante, si la resolución se invoca por la celebración de otro contrato por la Administración del Principado de Asturias, nos encontraríamos en un supuesto de resolución del acuerdo marco unilateral, dependiente de la sola voluntad del órgano de contratación y no una condición resolutoria por hacerse depender de la voluntad de uno de los contratantes. Siendo así que, como señala el recurrente, la facultad que se contempla en el apartado P.3 es la de desistir unilateralmente del contrato al margen del régimen legal previsto y particularmente de las consecuencias fijadas en el artículo 300 del TRLCSP y consecuentemente debe ser estimado el recurso en este punto y anulada la cláusula.



No obstante, queda fuera de esta declaración, por la misma causa que se indica respecto del eventual acuerdo marco a nivel nacional, el supuesto de que el acuerdo marco pudiera celebrarse con otra Comunidad Autónoma distinta al Principado de Asturias.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. J.A.L-F., como Presidente de la Asociación de Empresarios de Instrumentación Médico-Quirúrgica del Principado de Asturias (en adelante ADIMPA) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del *“Acuerdo Marco para la contratación del suministro de prótesis de rodilla con destino al Hospital Universitario Central de Asturias y al Hospital Monte Naranco”* tramitado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias,

- a) anulando las cláusulas que modifican el régimen de pago del precio en cuanto infringen el artículo 216.4 del TRLCSP,
- b) anulamos la cláusula 3.2 del PPT en los términos del fundamento séptimo por infracción del artículo 87 del TRLCSP.
- c) Nulidad del criterio de adjudicación subjetivo previsto en el apartado N.I.2 relativo solidez, composición y seguridad del instrumental específico, por transgredir el principio de transparencia.
- d) nulidad del criterio de adjudicación subjetivo previsto en el apartado N.I.2 relativo a la versión de cada implante.
- e) Anular la cláusula P.3 del cuadro de características del PCAP en cuanto a la posibilidad de resolver el acuerdo marco como consecuencia de un nuevo acuerdo marco a nivel del Principado de Asturias.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP:



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 del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.