

**Recurso 23/2015****Resolución 240/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de junio de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COOK ESPAÑA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Suministro de material de radiología vascular intervencionista y neurorradiología (Subgrupo 01.20 del catálogo del SAS) con destino al Hospital Universitario Reina Sofía”, promovido por el citado centro hospitalario, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 714/2014. PA 45/14), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 22 de octubre de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 27 de octubre de 2014, en el Boletín Oficial del Estado núm. 260 y el 23 de octubre de 2014 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 5.344.981,93 euros.

**SEGUNDO.** El 10 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad COOK ESPAÑA, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El 28 de enero de 2015, tuvo entrada en el Registro Auxiliar de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación en el que se da traslado del recurso especial interpuesto, junto con el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por el recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

**TERCERO.** El 5 de febrero de 2015, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

**CUARTO.** Mediante escritos de 10 de febrero de 2015 de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso especial a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En el plazo señalado, no se han recibido alegaciones al recurso.

**QUINTO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a*



*aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 27 de octubre de 2014, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndose publicado antes el citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

En consecuencia, ha de considerarse <<dies a quo>> en el cómputo del plazo de interposición del recurso el día 27 de octubre de 2014 y como quiera que el recurso se presentó en el registro del órgano de contratación el 10 de noviembre de 2014, hemos de concluir que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

El recurrente solicita la nulidad o, en su caso, anulabilidad del criterio de adjudicación de evaluación automática consistente en *“la cesión de uso de bienes no consumibles directamente vinculados con el objeto del contrato”*, así como la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación.

El criterio impugnado se describe en el Anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), siendo su tenor el siguiente: *“Se asignarán 20 puntos a aquellas empresas que oferten la cesión de uso de una mesa de anestesia según lo previsto en el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas, no asignándose puntuación alguna en caso de no ofertarse la cesión.”*



Asimismo, el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas señala que *“Como complemento de la oferta realizada a las diferentes agrupaciones de lotes y con carácter no obligatorio, por parte del licitador podrá ofertarse la cesión de uso durante la duración del contrato del siguiente equipo relacionado directamente con el objeto del contrato:*

*Mesa de anestesia para sala de Radiología Vascul ar y Neurorradiología, dotada de monitor y respirador, cuyas características técnicas deberán ser las del modelo FAB IUS de DRÄGUER MEDICAL HISPANIA o similar.*

*Se deberá especificar en la oferta el tipo de equipo ofertado, referencia, marca, modelo, identidad del fabricante, precio de venta sin IVA en el mercado a fecha de presentación de la oferta y el plazo de la cesión.”*

El recurrente sostiene que el artículo 150.1 del TRLCSP establece que los criterios de adjudicación han de estar directamente vinculados al objeto del contrato. Una mesa de anestesia tiene, a juicio del recurrente, relación con el objeto ya que parece lógico la utilización de dicha mesa si a un paciente se le tiene que aplicar una técnica que precisa el uso de catéteres -que son fundamentalmente los bienes objeto del contrato.- Ahora bien, esa relación no es lo mismo que vinculación. La cesión de uso de una mesa de anestesia no permite valorar las cualidades intrínsecas del objeto del contrato. Se trata de la entrega de dos tipos de bienes desiguales y con funciones totalmente diferentes.

Continúa el recurrente alegando que el criterio en cuestión conculca los principios de igualdad y de concurrencia pues, al tratarse de productos tan heterogéneos entre sí, los empresarios que pueden concurrir al suministro objeto del contrato, posiblemente no tengan mesas de anestesia -como es el caso del recurrente- lo cual dificulta la adjudicación dada la alta ponderación del criterio (20 puntos). Ciertamente, los licitadores que no dispongan de mesa de anestesia pueden adquirirla para ofrecerla sin coste a la Administración, pero



ello supone una carga injustificada para el licitador que no guarda relación con el objeto del contrato.

Por su parte, el informe sobre el recurso del órgano de contratación pone de manifiesto que la compra de material de radiología vascular intervencionista y neurorradiología tiene como fin la realización de técnicas clínicas que, si bien son poco invasivas, necesitan en muchos casos la sedación del paciente. A tal fin, invoca el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo, en el que se indica que la vinculación directa exige que el criterio de adjudicación afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de ésta. En tal sentido, el órgano de contratación alega que una consecuencia directa del suministro objeto del contrato es la realización de pruebas diagnósticas o terapéuticas en las que es imprescindible contar con una mesa de anestesia.

Finalmente, se señala que no hay infracción del artículo 150.1 del TRLCSP, toda vez que el artículo efectúa una enumeración abierta de los criterios de adjudicación.

**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de los motivos del recurso que, en realidad, se ciñen a uno solo, a saber, si el criterio de adjudicación impugnado consistente en la cesión de uso de una mesa de anestesia reúne los requisitos del artículo 150.1 del TRLCSP en cuanto a su vinculación directa con el objeto del contrato de suministro.

El artículo 86 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas solo establecía que los criterios de adjudicación del contrato debían ser <<objetivos>>

La redacción del TRLCSP es mucho más clara y rotunda en este punto. Su artículo 150.1 establece que, para la valoración de las proposiciones y la



determinación de la oferta económicamente más ventajosa, deberá atenderse a << criterios directamente vinculados al objeto del contrato >>. El adverbio «directamente», que en el artículo 53.1.a) de la Directiva 2004/18/CE no aparece, refuerza si cabe la exigencia de que los criterios estén referidos a la prestación contractual. La vinculación debe ser ahora inmediata.

Asimismo, la enumeración de los criterios objetivos contenida en el artículo 150.1 del TRLCSP, lo mismo que la prevista por el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE, no es taxativa, sino que constituye un *numerus apertus*. El citado precepto del TRLCSP se refiere a *“la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”*

Por tanto, los criterios relacionados en el artículo 150.1 del TRLCSP habrán de considerarse, sin duda alguna, vinculados directamente al objeto del contrato y si bien ello no impide que también puedan utilizarse otros criterios, la amplia lista del artículo nos permite llegar a una primera conclusión y es que aquéllos han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución.

Así se desprende también del artículo 150 del TRLCSP que, cuando se refiere a la determinación de los criterios de adjudicación por el órgano de contratación, señala que “se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes



(...)”. Por tanto, el precepto es explícito al mencionar que los criterios de valoración han de referirse a las características del objeto.

En este sentido, el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no incida en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

Asimismo, la Resolución 130/2011, de 27 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que los criterios de adjudicación que menciona el TRLCSP presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación.

Por consiguiente, sobre la base de las premisas expuestas, debe analizarse ahora si el criterio de adjudicación impugnado consistente en la cesión de uso de una mesa de anestesia para sala de radiología vascular y neurorradiología, se halla directamente vinculado al objeto del contrato que es el suministro de material de radiología vascular intervencionista y neurorradiología, básicamente catéteres.

En tal sentido, el propio órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que el objeto del contrato de suministro tiene como fin la realización de técnicas clínicas que, en muchos casos, requieren la sedación del paciente. Ello pone de manifiesto que el uso de una mesa de anestesia puede ser frecuente cuando los bienes objeto del suministro son utilizados en determinadas técnicas clínicas aplicadas a los pacientes, pero la mesa en sí misma constituye un bien no consumible que ninguna ventaja cualitativa aporta a los bienes adquiridos por medio del contrato examinado y tampoco incide directamente en una mejor



ejecución de la propia prestación contractual consistente en la entrega de un determinado material fungible.

No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido.

El órgano de contratación defiende la vinculación de la mesa de anestesia como criterio de adjudicación con el objeto del contrato alegando que una consecuencia directa del suministro es la realización de pruebas diagnósticas o terapéuticas en las que es imprescindible contar con una mesa de anestesia. Obviamente, existe relación entre ambos bienes a la hora de realizar determinadas técnicas médicas, al igual que la puede haber con otros bienes susceptibles de ser empleados en la realización de dichas pruebas, pero ello nada tiene que ver con el suministro objeto del contrato, pues la cesión de uso de una mesa de anestesia, ni afecta a las características intrínsecas del material suministrado, ni a las condiciones o consecuencias directas de la ejecución del contrato por parte del adjudicatario.

El criterio expuesto ya ha sido sostenido por este Tribunal en resoluciones anteriores. Así, la Resolución 133/2014, de 4 de junio, ante un criterio



consistente en bonificaciones de productos diferentes a los que constituían el objeto del suministro, señaló lo siguiente: *“la bonificación ahora analizada consiste en la entrega gratuita de un producto que no es ninguno de los contemplados en el suministro –ni tiras reactivas para determinación de glucemia en sangre, ni aparatos medidores asociados a las mismas- por lo que no puede admitirse sin más como criterio de adjudicación del contrato porque no se halla directamente vinculado al objeto del mismo. Es decir, el ofrecimiento gratuito de tiras para la determinación de cuerpos cetónicos no afecta intrínsecamente a la prestación que se contrata (suministro de tiras para la determinación de glucemia) y tampoco se trata de un bien complementario o accesorio del producto adquirido con el contrato que contribuya a su mejor funcionamiento o aplicación. Por tanto, no es asumible la validez de tales bonificaciones como criterio de adjudicación al amparo del artículo 150.1 del TRLCSP. En tal sentido, se ha pronunciado anteriormente este Tribunal en la Resolución 44/2012, de 14 de junio.”*

Es por ello que procede anular el criterio impugnado, toda vez que incumple un requisito fundamental del artículo 150.1 del TRLCSP, cual es su directa vinculación con el objeto del contrato.

**SÉPTIMO.** A mayor abundamiento, hemos de indicar que el criterio en cuestión no solo carece de vinculación directa con el objeto contractual, sino que también cuenta con una ponderación excesiva (20 puntos sobre un total de 100). Ello, obviamente, dificultaría la adjudicación del contrato a aquellos licitadores que no ofrezcan en sus proposiciones el bien cuya cesión de uso es valorado en el criterio impugnado. En este punto, se ha de dar la razón al recurrente cuando esgrime que los bienes a suministrar y la mesa de anestesia son muy heterogéneos entre sí, pudiendo darse la circunstancia de que los empresarios interesados en concurrir al suministro no dispongan de una mesa de anestesia, y si bien podrían adquirirla para, a su vez, ofrecerla sin coste a la Administración, ello les supondrá una carga injustificada que no guarda relación con el objeto del contrato.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en reiteradas ocasiones que los criterios de adjudicación deben respetar, en todo caso, los principios fundamentales del derecho comunitario de la contratación pública y, en particular, los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato entre licitadores. Por tanto, lo que no resultaría admisible a la luz de dicha doctrina es que un criterio como el aquí examinado sitúe injustificadamente a unos licitadores en posición de desventaja respecto a otros, imponiéndoles la carga adicional de adquirir un bien determinado para poder licitar al suministro de otros bienes diferentes.

El argumento anterior es, asimismo, el que acoge el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 229/2012, de 24 de octubre, cuando declara que *“la valoración que se atribuye a este criterio, concretamente quince puntos sobre un total de cien como máximo, no está suficientemente justificada, ni es por supuesto tampoco ponderada, porque si bien, tal y como se acaba de exponer y se comprende por este Tribunal, sí puede ser un elemento técnico muy relevante en un helicóptero, la puntuación que se le atribuye hace que resulte difícil que uno que no tenga este sistema de aterrizaje pueda resultar adjudicatario del contrato(...)”*

Es por ello que se impone como consecuencia inevitable la anulación del criterio examinado y no solo por infracción del artículo 150.1 del TRLCSP, tal y como hemos examinado en el fundamento anterior, sino también por su ponderación excesiva, lo que lo hace aún más inviable al conculcar los principios básicos que deben regir la contratación pública y que se consagran en el artículo 1 del TRLCSP, como son los principios de igualdad de trato y libre concurrencia.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COOK ESPAÑA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Suministro de material de radiología vascular intervencionista y neurroradiología (Subgrupo 01.20 del catálogo del SAS) con destino al Hospital Universitario Reina Sofía”, promovido por el citado centro hospitalario, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 714/2014. PA 45/14), y en consecuencia, anular el criterio de adjudicación impugnado del anexo al cuadro resumen del PCAP, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que se proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

**SEGUNDO** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado por este Tribunal en resolución de 5 de febrero de 2015.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

