



Recurso nº 1007/2018 C. Valenciana 230/2018

Resolución nº 994/2018

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

En Madrid a 2 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a M. M. B. M., en representación Nestlé España, S.A., contra los pliegos que tienen por objeto la contratación del suministro de productos de nutrición enteral para los pacientes del Departamento de Salud Valencia La Fe, bajo el número de Expediente 369/2018, siendo órgano de contratación Departamento de Salud La Fe, Dirección Económica-Gerencia, tramitado por procedimiento abierto, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Nestlé España S.A. (en adelante, “NESTLÉ” o la “Recurrente”) es potencial licitadora del contrato de referencia, y así, ha presentado, *ad cautelam*, su candidatura al citado contrato.

El valor estimado del contrato es de 562.462 euros (IVA excluido), por tanto, tiene un carácter de contratación armonizada a tenor del artículo 21 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”).

Segundo. Que el anuncio de licitación de la citada contratación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 12 de septiembre de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 10 de septiembre de 2018.

Tercero. Ante la disconformidad con el contenido de los pliegos, y como potencial licitador, la Recurrente ha presentado recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato objeto de licitación, siendo el mismo recibido con fecha 1 de octubre de 2018.



Cuarto. El recurso de la Recurrente se fundamenta en tres motivos, a saber (i) indeterminación que causa ruptura de los principios de igualdad y transparencia en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor relacionados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (ii) insuficiente determinación de los cálculos aritméticos en la puntuación determinada en el PCAP de los envases a presentar, y (iii) errónea determinación del contenido al que se refiere la cláusula 4ª del Pliego de Prescripciones Técnicas por cuanto deberían tener la consideración de cláusulas administrativas particulares.

Quinto. El 15 de la Secretaria del Tribunal resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013 por resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Antes de proceder a la resolución del recurso formulado, cabe recordar que existe un límite a la jurisdicción de este Tribunal. En este sentido, este Tribunal solo tiene una función revisora, por tanto, su función consistirá en determinar si procede o no declarar la invalidez del acto recurrido y, si así procede, ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, pero no sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones ni en la interpretación de los pliegos cuando su redacción es clara y conforme al TRLCSP.

Segundo. Antes de entrar en otras consideraciones este Tribunal considera necesario plantear si NESTLÉ, en su calidad de eventual licitador, dispone de la legitimación necesaria para interponer el presente recurso.

En cuanto a la legitimación de la Recurrente para interponer el presente recurso, dispone el artículo 48 de la LCSP que: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos,*



individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Al objeto de examinar si la Recurrente es titular de un derecho o interés legítimo que pueda verse perjudicado o afectado por las decisiones objeto del recurso en términos que le otorguen legitimación para su interposición, conviene traer a colación, como se ha hecho en resoluciones previas de este Tribunal (entre otras, Resolución nº 31/2010), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de 20 de julio de 2005) en la que se afirma que: *“Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”*

Sobre esta base se afirmó en la citada Resolución 31/2010 de este Tribunal que, *"por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco basta con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición"*.

Este Tribunal, y con base en los principios fijados en la directivas comunitarias en materia de contratación, ha hecho, en ocasiones, una interpretación más amplia del requisito de legitimación, admitiendo la interposición de recursos por terceros no licitadores ni interesados en concurrir a la licitación, en todo caso, bajo el principio de que el requisito de legitimación del anterior artículo 42 TRLCSP debe *"interpretarse a la luz de la doctrina sentada por los Tribunales, que, en relación con el concepto de “interés legítimo”, exige,*



para que pueda considerarse que el mismo concurre, que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras)."

En este sentido, cabe mencionar la Resolución 290/2011 de este Tribunal, en cuyo fundamento de derecho cuarto se exponía que: *"Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.... la alegación de la recurrente va referida a un interés de un tercero, sin que pueda percibirse en la recurrente un interés que vaya más allá del mero interés en el mantenimiento de la legalidad. No existiendo un interés propio del recurrente derivado de la situación que denuncia, la misma no puede ser determinante de su legitimación.... En definitiva, en el caso de estimación del recurso, no puede derivarse ningún efecto positivo (beneficio) ni evitación de un efecto negativo (perjuicio) para la recurrente, pues ésta continuaría sin poder tomar parte en la licitación,.... La consecuencia de ello es que la recurrente carece de interés legítimo que se vea afectado por la redacción del pliego y, en consecuencia, carece de legitimación para su impugnación."*

En el caso que ahora nos ocupa, NESTLÉ tiene la consideración de posible licitador, y por tanto, aunque en el momento de la interposición del recurso especial solamente hayan anunciado su eventual participación en el procedimiento, entiende este Tribunal que sí que existe, efectivamente, un interés de la Recurrente y por tanto la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

A la vista de todo lo expuesto y sin entrar en mayor análisis, hay que concluir que la Recurrente ostenta legitimación con base en el artículo 48 LCSP.



Tercero. El recurso se interpone contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliegos de Prescripciones Técnicas que han de regir la contratación.

Dispone el apartado 2 del artículo 44 de la LCSP lo siguiente: *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*. Por tanto, el recurso se interpone de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 a) frente a un acto susceptible de dicho recurso, estando el contrato a que se refiere incluido entre los previstos en el artículo 44.1 c) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 55 de la LCSP, habiéndose cumplido el resto de formalidades exigidas para la válida interposición del recurso, a pesar de las alegaciones del órgano de contratación.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el objeto del recurso se contrae a determinar si los criterios de valoración de las proposiciones están definidos de forma suficiente en los pliegos, en sus distintas modalidades, así como si los diferentes factores o parámetros a tener en cuenta a la hora de su valoración aparecen debidamente identificados.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance de su competencia para enjuiciar los criterios no evaluables mediante fórmula señalando en su Resolución 176/2011, de 29 de junio que *“viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*.



Lo anterior supone, como señala la Resolución 132/2015, 6 de febrero, que el enjuiciamiento que este Tribunal puede realizar de los criterios sujetos a juicio de valor quede limitado a comprobar 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”.

Finalmente, la Resolución 173/2013, entre otras muchas, con cita de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que “el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejadas en el pliego”.

Sexto. En el presente recurso, en primer lugar, cuyo objeto se contrae a los pliegos que han de regir la contratación del suministro de productos de nutrición enteral para los pacientes del Departamento de Salud Valencia La Fe, el PCAP enuncia los siguientes umbrales máximos para los criterios evaluables mediante un juicio de valor:

- 1. Composición. 17 puntos.*
- 2. Envase, ergonomía, facilidad de manejo y dispensación. 4 puntos.*
- 3. Identificación del preparado para evitar errores. 2 puntos.*
- 4. Lote y caducidad visibles. 3 puntos.*
- 5. Mejoras propuestas por el ofertante (cesión de material necesario para la administración de los productos, dispositivos que faciliten o mejoren el uso de los preparados, etc. 5 puntos.*
- 6. Reemplazo gratuito de productos caducados por otros nuevos. 6 puntos.*

A tal efecto, la Recurrente considera que, de esos seis subcriterios, “los cinco primeros son abiertos e imprecisos, sin especificarse o concretarse ningún tipo de regla de valoración,

dejando plena libertad a los técnicos y a la mesa a la hora de su concreción en la fase de valoración de las ofertas”, no permitiéndose así al licitador preparar correctamente una oferta.

Ese Tribunal considera que para apreciar la idoneidad de los criterios sujetos a juicio de valor y su forma de valoración es necesaria una lectura conjunta del PCAP y PPT. En este sentido, y como correctamente indica el órgano de contratación, la licitación del contrato cuyos pliegos son objeto de recurso, se refieren a un producto, a un material alimentario que, en atención a la composición de estos, su evaluación, no puede quedar sujeta hasta el punto de concretar los mínimos planteados por NESTLÉ. En este sentido, los productos nutricionales se valoran en su conjunto incluyendo aspectos cualitativos y cuantitativos, y siempre por una comisión técnica de demostrada cualificación. Asignar determinado valor a cada punto por separado iría en perjuicio de la valoración final de la oferta del licitador. Entrar a valorar, por ejemplo, lo alegado sobre la *“ergonomía o facilidad de manejo y dispensación”*, precisamente, en el sentido al que se refiere la Recurrente, supondría pormenorizar en exceso los pliegos lo que limitaría, como señala el órgano de contratación, la libre concurrencia, también principio imprescindible en la contratación pública.

En segundo lugar, la Recurrente considera que el órgano de contratación incurre en indeterminación en lo relativo a la ratio mililitros/gramos/calorías respecto de los envases que han de suministrarse. De una lectura de la oración anterior, se puede adelantar que estamos ante una cuestión técnica, que cuanto menos, puede quedar sujeta a la discrecionalidad que ampara al órgano de contratación, y que, por tanto, el criterio determinado por él mismo debe considerarse correcto. Lo que se pretende con la redacción dada por los pliegos aquí recurridos no es sino generar las mejoras en el producto a suministrar así como las mejores condiciones a los pacientes.

Por último, la Recurrente, alega que en la cláusula 4ª del Pliego de Prescripciones Técnicas, no debería haberse incluido la información relativa al catálogo comercial con las fichas técnicas de los productos a suministrar.

A juicio de este Tribunal debe considerarse que el criterio del órgano de contratación es el correcto. A tal efecto, basta con proceder a una lectura del artículo 125 LCSP cuando establece qué debe entenderse por “prescripción” a efectos técnicos, cuando establece

que por prescripción ha de entenderse *“la especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad.”* En igual sentido el artículo 126 LCSP, apartados primero y segundo, cuando establece que *“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. 2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.”*

Si atendemos a la redacción de la cláusula 4ª a la que se refiere la Recurrente, no cabe sino considerar que el órgano de contratación ha definido, conforme a su discrecionalidad, correctamente los aspectos técnicos que los licitadores deberán definir en sus ofertas. En definitiva, los pliegos de prescripciones técnicas no persiguen sino proporcionar al licitador la información necesaria para la presentación de ofertas de manera acorde a lo requerido y en un ámbito donde la libre concurrencia permita acudir al procedimiento a distintos licitadores.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. M. M. B. M., en representación Nestlé España, S.A., contra los pliegos que tienen por objeto la contratación del suministro de productos de nutrición enteral para los pacientes del Departamento de Salud Valencia La Fe, bajo el número de Expediente 369/2018, por ser ajustado a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia concurrencia de mala fe o temeridad 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 Comunidad Valenciana 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.