Recurso nº 035-2020 - SUM – DG CHUC - SCS
Resolución n.º 121/2020, de 9 de junio

Recurso contra los pliegos que rigen un contrato de suministro. LCSP. Estimación parcial. Criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor: falta de concreción y precisión que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los elementos que el órgano de contratación va a tener en cuenta para determinar la oferta más ventajosa. Configuración del pliego de prescripciones técnicas: Prescripciones técnicas que, sin mencionar una marca concreta, coinciden con las características de bienes de determinadas marcas. Vulneración de los artículos 28.1 y 126.6 de la LCSP. Ausencia de motivación adecuada de las necesidades en el expediente de contratación. Rechazo del motivo relacionado con el incumplimiento del art. 146.3 de la LCSP, en tanto el PCAP no recoge la figura del procedimiento de adjudicación articulado por fases: error de interpretación por el recurrente del clausulado del PCAP.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Visto el recurso interpuesto por M.S.V, en nombre y representación de la mercantil EDWARDS LIFESCIENCES, S.L, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen en el procedimiento de contratación del suministro de anillos y prótesis valvulares para el Servicio de Cirugía Cardiaca del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias Expediente 50/S/19/SU/CO/A/060), convocado por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, se dicta la siguiente Resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, en su calidad de órgano de contratación, según dispone la cláusula segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) llevó a cabo la convocatoria de la licitación del contrato de suministro de referencia, desglosado en doce lotes, mediante procedimiento abierto con

una pluralidad de criterios y un valor estimado de 3.830.062,46 €, según dispone la cláusula 7 del PCAP.

El presente procedimiento de contratación se ha regido por lo dispuesto en 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 adelante LCSP). Igualmente, se rige por 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 y por Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a la citada LCSP.

SEGUNDO. Mediante Orden del órgano de contratación, n.º 968/2019, de 17 de diciembre, se procedió a aprobar los pliegos, el gasto y la apertura de la fase de adjudicación.
Con fecha de 23 de enero de 2020 se envió anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea, siendo objeto de publicación el 27 de enero de 2020 (DOUE 2020/S 018-038895). En la misma fecha, se procedió a publicar anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), incorporando los pliegos.
Se indicaba en el anuncio que el plazo de presentación de ofertas finalizaría el 26 de febrero de 2020.

Según certificado emitido por la Jefa de Servicio de Contratación del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, de fecha 3 de marzo de 2020, a la licitación se presentaron las siguientes licitadoras, entre las que no se encuentra la recurrente:

- JOTEC CARDIOVASCULAR, S.L. – Licita al lote 3
- PALEX MEDICAL, S.A. – Licita a los lotes 7 y 9
- TÉCNICAS BIOFÍSICAS, S.L. – Licita a los lotes 5, 6, 10 y 11
- MERCÉ V. ELECTROMEDICINA, S.L. – Licita a los lotes 2 y 8
- ABBOTT MEDICAL ESPAÑA, S.A. – Licita a los lotes 1, 4, 5, 6 y 8

TERCERO. El 17 de febrero de 2020, en la Sede Electrónica de la Consejería de Hacienda, fue presentado por la mercantil EDWARDS LIFESCIENCES, S.L, recurso especial en materia de contratación, contra los pliegos que rigen la contratación del suministro de referencia, en el que solicita que se *"declare la nulidad o anulación de los pliegos impugnados por los que se rige la contratación".* Y que al amparo del art. 49 de la LCSP, se suspenda el procedimiento de licitación.
El primer motivo de impugnación alegado, refiere que la configuración de las especificaciones técnicas contempladas en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), vulnera el principio de libre concurrencia.

El segundo motivo de impugnación versa sobre la incorrecta configuración de los criterios de adjudicación y valoración de las ofertas. Oscuridad en el pliego. Ausencia de umbral mínimo en los criterios cualitativos.

CUARTO. Dicho recurso fue trasladado por este Tribunal al órgano de contratación el 18 de febrero de 2020, con solicitud del expediente e informe correspondiente, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por el recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, conforme dispone el art. 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

QUINTO. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, con fecha de 5 de marzo de 2020, se remitió por el Centro Gestor del expediente, en este caso, el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, el expediente de contratación de referencia y el 13 de marzo de 2020 el informe dando respuesta al recurso, donde propone estimar parcialmente el recurso, en cuanto a la configuración de los criterios de adjudicación.
Indicar que se ha remitido por el órgano de contratación informe emitido por el Subdirector Médico, que versa sobre las cuestiones técnicas relacionadas con la configuración del pliego de prescripciones técnicas e informe de la Jefa de Servicio de Contratación Administrativa, que recoge los antecedentes y versa sobre las distintas alegaciones recogidas en el recurso.

SEXTO. Con fecha de 10 de marzo de 2020 se dio traslado del recurso a las entidades licitadoras, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles a fin de poder presentar cuantas alegaciones tuvieran por oportunas, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP, si bien, dicho plazo se vio afectado por el Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Con fecha de 7 de mayo de 2020 entró en vigor el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, lo que dio lugar a reanudar el trámite de alegaciones, habiendo girado las solicitudes el mismo día 7 de mayo, sin que, finalizado el plazo, conste la presentación de alegación alguna.

SÉPTIMO*.* Se exponen a continuación los argumentos vertidos por la entidad recurrente y por el órgano de contratación, respecto de la configuración del pliego de prescripciones técnicas.

1) Respecto del lote nº 1, señala la entidad recurrente EDWARDS, tres características concretas:

- Diseño de doble hemidisco plano
- Ángulo de apertura 85º y de asiento de 25/30º
- Tamaños: Aórticos_ 17 – 29 mm. Mitrales: 25-31 mm

Considera que *estas tres características concretas del PPT se refieren a la prótesis valvular aórtica/metálica Medical® Masters Series, comercializada por* **ST. JUDE MEDICAL ESPAÑA S.A.** (en la actualidad **ABBOTT LABORATORIES S.A.**), cuya información extractan en su recurso, *siendo el único producto en el mercado que presenta estas concretas características objeto de recurso.*

2) Respecto del lote nº 2, señala dos características concretas:

- Disponible en números pares en posición aórtica.
- Tamaños: Aórticos: 18-26 mm – Mitrales: 25-31 mm

Considera que *estas características sólo las cumple la prótesis valvular aórtica / metálica Open Pivot® AP360 de la empresa* ***MEDTRONIC IBÉRICA S.A.U.****, la única que posee esta exigencia de obligado cumplimiento, y es que no existe en el mercado ninguna otra válvula cuyas medidas se establezcan por números pares*

3) Respecto del lote nº 3, señala una característica concreta:

- Anillo de sutura de PTFE.

Considera la recurrente que únicamente la casa comercial LIVANOVA ESPAÑA, S.L cuenta en su portafolio con una válvula cardiaca mecánica que tiene PTFE (teflón) en el anillo de sutura, esto es, la válvula Livanova Bicarbón.

Respecto de estos tres lotes, el órgano de contratación, en su informe dando respuesta al recurso, se remite a un informe emitido con fecha de 9 de marzo de 2020, por el Subdirector Médico del Hospital que redactó el pliego de prescripciones técnicas, que expone lo siguiente:

"Lotes 1, 2 y 3: Sobre prótesis mecánicas, con doble hemidisco. (páginas 5-7).
La diferencia en las características entre cada uno de los diferentes lotes, que son varias, obedece a la necesidad que cada uno de los cirujanos pudiera tener en función de las necesidades específicas de cada paciente. De lo contrario, si se solicitara un solo lote no contemplaría todas esas necesidades anatómicas, hemodinámicas y funcionales. Por ejemplo, en el caso del lote 2, se requiere la oferta de diferentes tamaños, requisito que se consigue con la oferta de números impares y pares, por lo que para nosotros es una condición necesaria, por este motivo se pone como una condición técnica".

4) Respecto del lote nº 4, señala el recurrente una característica concreta:

- Conformación en tres velos aórticos porcina, sin músculo.

Alega el recurrente que se trata de una característica única y exclusiva de la bioprótesis valvular aórtica / de tejido porcino TLPB fabricada por la empresa LABCOR LABORATORIOS LTDA.

El órgano de contratación, en el informe reseñado anteriormente, se opone en los siguientes términos *"Se subraya específicamente que estas deben de estar construidas sin el músculo que la especie porcina tiene de forma habitual dado que su presentación en glutaraldehido produciría rigidez del musculo e incremento del gradiente, interesando en ellas el bajo perfil y el tratamiento anticalcificante".*

5) Respecto del lote nº 5, señala el recurrente una característica concreta:

- *Montaje del pericardio externo al soporte.*

Alega el recurrente lo siguiente "Nótese que la bioprótesis valvular aórtica Trifecta® comercializada por **ST. JUDE MEDICAL ESPAÑA S.A.**, es la única válvula del mercado con los velos montados por fuera del stent, tal y como se exige en el PPT, información que puede corroborarse en la página 6 del Catálogo de producto que ponemos a disposición de este Tribunal en el siguiente link: http://www.cardion.cz/file/1309/trifecta-gt-brozura.pdf"

El órgano de contratación expone en su informe *"Se especifica que el pericardio sea externo al soporte porque en nuestra experiencia esto hace ganar unos mm, que reflejan un mejor comportamiento hemodinámico, que en los algunos pacientes supone una mejora significativa, motivo por el cual se solicita la compra de válvulas con esta característica concreta".*

6) Respecto del lote nº 6, señala una característica concreta:

- Fijada en solución de glutaraldehido a presión cero, con tratamiento con ácido alfa-amino-oleico.

Alega el recurrente lo siguiente: "Véase que la bioprótesis valvular aórtica / mitral Mosaic® de la empresa **MEDTRONIC IBÉRICA S.A.U.**, es la única en el mercado que ofrece 'tratamiento con ácido alfa- amino-oleico anticalcificante', tal y como consta en la imagen extractada a continuación (4) obrante en la página web de la empresa: la bioprótesis de mosaico es para el reemplazo de mal funcionamiento de las válvulas cardiacas aórticas y/o mitrales nativas o protésicas.
(…)
Tratamiento de tejido anti-calcificación AOA patentado que mitiga la calificación y protege el tejido"

El órgano de contratación expone en su informe *"Se hace referencia al bajo perfil de la prótesis, al sistema retractor temporal de las patas del injerto, lo que facilita en determinados casos de forma muy notable su implantación y la solicitud de tener un tratamiento con acido alfa-amino-oleico se basa en la demostración experimental que produce una disminución de la calcificación, especialmente importante cuando el paciente es joven"*

7) En cuanto al lote nº 7, señala tres características:

- Velos de pericardio bovino.
- Ausencia total de sutura, con máxima flexibilidad
- Ausencia de material sintético

Alega el recurrente lo siguiente: "Con respecto a la prótesis valvular requerida, cabe señalar que solamente existen dos válvulas de este tipo en el mercado: **Perceval S®** y el **sistema valvular Edwards Intuity Elite**. En este caso concreto, la descripción del producto conforme a los requisitos del PPT se corresponde con la bioprótesis valvular aórtica de tejido bovino sin sutura Perceval S® comercializada por **LIVANOVA ESPAÑA S.L.** Ello es especialmente relevante porque imposibilita presentarse a la otra casa comercial al procedimiento de contratación.
El perfil de los pacientes que se benefician de este tipo de válvulas y la mejora de los procedimientos quirúrgicos con este tipo de válvulas son los mismos. Ambos sistemas necesitan tres suturas guía durante el implante. En el caso del sistema valvular **Edwards Intuity Elite** se recomienda anudar las suturas guía para optimizar la seguridad del implante. El sistema valvular **Edwards Intuity Elite** se almacena en solución con glutaraldehído por lo que requiere lavado pre-implante. El sistema valvular **Edwards Intuity Elite** posee un recubrimiento de poliéster en el marco expandible por balón por lo que no cumple la característica requerida en el PPT 'ausencia de material sintético'.

El órgano de contratación da la siguiente respuesta*: "Se presenta de una forma muy genérica en el que se hace especifica que tenga 3 puntos de referencia para permitir el descenso de la prótesis, y para nosotros resulta importante la ausencia de material sintético en contacto con el anillo valvular, por lo que incluimos esta característica técnica en el Pliego Técnico, y será la Comisión técnica que valore las ofertas la que deberá valorar si como parece en las alegaciones presentadas por la empresa Edwards Lifescience S.L., el producto ofertado por ellos solo cumple alguna de las características solicitadas".*

8) En octavo lugar, respecto del lote 10, que se desglosa en tres referencias, señala que el requisito "*Diseño asimétrico 3-D cerrado*", resulta una característica única y exclusiva del anillo de anuloplastia Profile 3D de la mercantil MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.U, como puede comprobarse de la web de dicha empresa.

Al respecto, el órgano de contratación se pronuncia en los siguientes términos: *"Se describe un sistema para la reducción del anillo valvular mitral dilatado conforme a lo que en nuestra experiencia es la geometría habitual de esa entidad anatómica y que responde a una configuración geométrica en 3 dimensiones, circunstancia que no se podría obtener con la configuración en biplano que presentan otros anillos disponibles en el mercado, por lo que consideramos esta característica recogida en el pliego técnico como necesaria".*

9) En noveno lugar, respecto del lote 11 señala que la característica *"Diámetro externo de la sección del anillo inferior a 3.5 mm*" es una condición específica del anillo Contour 3D de MEDTRONIC IBERICA, S.A.U, esto es, que la altura del perfil del anillo sea inferior a 3,5 mm.

Ello porque, tal y como afirma la propia **MEDTRONIC IBÉRICA S.A.U.**, en su página web6, dichas dimensiones constituyen el 'elemento diferenciador' con respecto al producto de la misma categoría comercializado por mi representada **EDWARDS LIFESCIENCES, S.L.: "La altura del perfil del anillo es de 3,3 mm, un 15% más baja que el anillo Edwards Lifesciences MC3"**

El órgano de contratación da la siguiente respuesta ***"****Corresponde a una descripción similar a la descrita en el lote 10, con una geometría tridimensional adaptable a la anatomía normal del anillo valvular tricúspide en el humano, abierto, para evitar suturarle en lo nódulo AV"*

Concluye el recurrente señalando que las características señaladas resultan propias y exclusivas de productos específicos de una serie limitada de casas comerciales muy concretas, impidiendo de facto al resto de operadores del mercado concurrir al procedimiento de licitación, vulnerando con ello los principios establecidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP y el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, así como al artículo 126 de la LCSP.

Y el órgano de contratación, en el informe técnico emitido por el Subdirector Médico, concluye lo siguiente: "*En la contestación pormenorizada, lote a lote, explicamos porque las características que alega la empresa recurrente, consideramos que son de especial interés y por lo que las incluimos como características técnicas dentro del Pliego y*

no consideramos que sean como refleja el recurrente en su recurso que sean "obstáculos injustificados a la competencia.
Consideramos que como dice el artículo 126 de la LCSP, que recoge las reglas para el establecimiento y reglamentación de las prescripciones técnicas, donde se configuran los límites que debe respetar el poder adjudicador a la hora de definir las prescripciones técnicas por las que se regirá el procedimiento de contratación que lleve a cabo, entendemos que las prescripciones técnicas comentadas en este informe están vinculadas al objeto del contrato y guardan proporción con el valor y objetivos de este, en función de las características de los pacientes y la experiencia profesional de los cirujanos cardiacos del Servicio de Cirugía Cardíaca del CHUC."

A lo que se añade, en el informe emitido por la Jefa de Servicio de Contratación Administrativa: *"Siendo de aplicación el artículo 99 de la LCSP que dispone que "el objeto de los contratos del sector publico deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten".*
Se señala que en consecuencia, el contrato se ajusta a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP. Y no deben olvidarse las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual, gozando de un amplio margen de discrecional para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, todo ello queda acreditado en la contestación del informe técnico de la justificación pormenorizada de cada lote.
En definitiva, y para dar respuesta al fundamento de derecho primero del recurso presentado "de la vulneración del principio de libre concurrencia en la configuración de las especificaciones técnicas", el órgano de contratación es libre de determinar que requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto ese Tribunal, como otros Tribunales competentes, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia

el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, dentro de los principios y requisitos de la LCSP.

Asimismo, la Resolución 244/2016, de 8 de abril, del citado Tribunal reitera que≪*(…) el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con el*≫. En términos parecidos se pronuncia la Sentencia del Tribunal general de la Unión Europea, de 10 noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que *el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato. Ciertamente, la sentencia analiza si unos concretos criterios de solvencia establecidos por la entidad contratante pudieran ser excesivos y restringir artificialmente la concurrencia, pero su doctrina cabe entenderla aplicable igualmente a las prescripciones técnicas de los pliegos. De este modo, concluye el Tribunal que, si bien los criterios de selección comportan exigencias muy elevadas, constituyen medio adecuado y necesario para la realización del objetivo perseguido por la entidad contratante y están objetivamente justificados, no habiendo tenido por objeto favorecer a determinados licitadores.*

Por todo lo expuesto, es el órgano de contratación el que es conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecional en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las entidades licitadoras, puesto que estas no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas lo cual solo compete al órgano de contratación, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación. En consecuencia, la Administración tiene la libertad de definir sus necesidades no debiendo implicar la limitación de la concurrencia, habiendo quedado acreditado las necesidades del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias y garantizando en esta licitación los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia del procedimiento y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, recogidos en el artículo 1 de la LCSP.

OCTAVO. Se exponen a continuación los argumentos vertidos por la entidad recurrente y por el órgano de contratación, respecto de la configuración de los criterios de adjudicación.

Expone el recurrente que en la cláusula 12.2 del PCAP, respecto de los criterios técnicos 3, 4 y 5, aparecen configurados de un modo que es imposible discernir a priori y de manera objetiva qué aspectos relacionados con la calidad del producto ofertado serán objeto de valoración o la forma en que van a ser valorados, dado que no se establecen parámetros para entender qué se entiende por calidad "superior", "simplificación", "menos invasiva" o "facilidad de implantación".

Tras recoger el contenido del art. 145.5 de la LCSP y del Acuerdo 35/2015, de 17 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, así como del Acuerdo 64/2013, de 6 de noviembre, del Tribunal de Aragón, concluye que existe una oscuridad palmaria en cuanto a los criterios de adjudicación contenidos en el PCAP que constituye una infracción de los principios de la contratación pública y debe conllevar, por tanto, la nulidad de la convocatoria. En efecto, en estos casos de patente oscuridad de los Pliegos se produce una vulneración del principio de transparencia en perjuicio de los licitadores. Este principio descrito en el artículo 132 de la LCSP implica conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que toda la información necesaria para la buena comprensión del Pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlo de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (Ver la sentencia de 19 de marzo de 2010, Asunto Evropaiki/Comisión T-50/05)
Obviamente, la infracción de un principio tan importante en la contratación pública debe tener sus consecuencias respecto de la licitación, debiéndose proceder a una nueva redacción de los Pliegos que ha de ser ajustada a derecho.
(…)
Asimismo, adviértase que con respecto al cómputo de los criterios cualitativos el PCAP no establece el umbral mínimo del 50 por ciento de puntuación para continuar en el procedimiento, siendo ésta una exigencia de la LCSP. En este sentido, procede traer a colación el contenido del **artículo 146.3** de la **LCSP**, que dis-

pone: *"3. Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.*
En el caso de que ***el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases,*** *se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios,* ***estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.".***

Apréciese, por tanto, que la **LCSP** determina que cuando un procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, **como en el presente caso**, habrá de fijarse un umbral mínimo en la valoración de las ofertas, siendo este de carácter obligatorio como condición para continuar en el proceso selectivo. Se establece, así, que el elemento cualitativo o de calidad de toda oferta sea una condición determinante en los procedimientos de contratación pública que evite que ofertas técnicas que no reúnen las debidas condiciones puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio. Puede concluirse que el carácter clasificatorio y, por consiguiente, eliminatorio de los criterios de adjudicación, tiene como justificación obtener ofertas con unos elevados estándares de calidad en las que el precio no sea finalmente el elemento que determine la elección del adjudicatario. Así, la búsqueda de ofertas de calidad es la motivación común en la introducción del umbral mínimo del 50 por ciento, esto es, exigir a los licitadores un umbral mínimo de calidad en los criterios cualitativos, de manera que si un licitador no alcanza el 50 por ciento de la puntuación, es decir, «no alcanza el aprobado», quede excluido del proceso. Esta cuestión ha sido tratada por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** en su **Resolución nº 908/2019, de 1 de agosto de 2019**, en la que resuelve:
(…)".

El Tribunal se ciñe, así, a la aplicación de la **LCSP** en la que se determina, como indicado, que **cuando en un procedimiento se contemplen aspectos de calidad, como en el presente caso, habrá de fijarse con carácter obligatorio un umbral mínimo del 50 por ciento**. De este modo, el hecho de que se fije y aplique ese umbral mínimo, comporta de forma automática que el procedimiento se articule necesariamente en fases sucesivas y, en consecuencia, la no superación de dicho umbral mínimo de puntuación exigido al licitador comportará su exclusión del proceso selectivo y, por tanto, no pasará a la fase económica. **En conclusión**: **por cuanto antecede, se**

solicita sea revisado el acto impugnado a fin de que se acuerde la nulidad de la convocatoria de referencia con base en los motivos expuestos.

Y, por último, con referencia a los artículos 38 de la LCSP y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, letra e), estima que concurren las causas de nulidad del procedimiento, al vulnerar las normas esenciales que rigen los procedimientos de selección.

Al respecto, el órgano de contratación, en el informe del Servicio de Contratación, procede a realizar un allanamiento parcial, en los siguientes términos:

"En cuanto al fundamento de derecho segundo del citado recurso relativo a la "incorrecta configuración de los criterios de adjudicación y valoración de las ofertas, oscuridad en el pliego, ausencia de umbral mínimo en los criterios cualitativos" se estima parcialmente dado que, aunque se describen los criterios subjetivos en la cláusula 12.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, su valoración puede haberse descrito con mayor precisión. Por lo que se procederá a la rectificación de los mismos implementando la forma de su valoración.

Además, señalar que el procedimiento no está determinado en tres fases, como alega el recurrente, sino que nos encontramos en el supuesto 146.2 b) 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 (...)"2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:" (…) "b) En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley". En consecuencia, no es admisible dicha alegación.

Por último y para dar respuesta al fundamento de derecho tercero "concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración", no nos encontramos en ningún supuesto de nulidad del procedimiento ya que en todo caso nos encontraríamos en el supuesto de anulabilidad al tratarse de un defecto de forma y tal y como se establece en el artículo 48 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas …."el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados"…. "pudiendo el órgano competente disponer la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción".

(…)

En virtud de lo expuesto, se solicita la estimación parcial del recurso especial en materia especial de contratación interpuesto por la entidad EDWARDS LIFESCIENSES, S.L., en cuanto a lo solicitado en el fundamento de derecho segundo del recurso interpuesto por los motivos expuestos en el punto primero de este informe en lo relativo a la descripción de los criterios subjetivos previstos en la cláusula 12.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, no quedando acreditado el resto de cuestiones planteadas en el recurso, habiéndose respetado por parte del órgano de contratación los principios que rigen tal procedimiento, así como la no procedencia de la adopción de medidas provisionales".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Este Tribunal resulta competente para resolver el presente recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.1 de la LCSP y 3 a) del Decreto 10/2005, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

SEGUNDO-. En cuanto a la legitimación de la recurrente, se trata de una entidad mercantil que, por su objeto social, puede participar en la licitación del contrato de suministros de referencia, y que considera perjudicados sus intereses por la configuración de los Pliegos impugnados; por lo que ex artículo 48 de la LCSP está legitimada para impugnar los pliegos rectores del procedimiento de contratación, en tanto pretende remediar el perjuicio que le provocan las bases con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO.- Respecto a si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP, comprobamos que el contrato objeto de licitación es de suministros, cuyo valor estimado es igual o superior a lo dispuesto en el art. 44 de la LCSP, siendo convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el contenido del pliego de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, por lo que tanto el contrato como el acto recurrido son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO-. En lo que se refiere al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso**,** el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, establece:

"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos.

Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante."

El artículo 19 del Real Decreto 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que:

"2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido".

Y el art. 22.1 apartado 5 del Real Decreto 814/2015 dispone que sólo procederá la admisión del recurso cuando concurran los siguientes requisitos: *"5.º Que la interposición se haga dentro de los plazos previstos en el artículo 44.2 del mismo texto refundido".*

En base a la normativa expuesta y a la vista de los hechos comprobados, teniendo en cuenta la puesta a disposición de los pliegos y la fecha de interposición del recurso, cabe concluir que se han cumplido los requisitos de plazo e interposición de los recursos previstos en el art. 50 y 51 de la LCSP y en el art. 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

QUINTO-. Entrando al fondo del asunto, el primer motivo esgrimido en el recurso sostiene la falta a adecuación a derecho del pliego de prescripciones técnicas, sobre la base de la exigencia de determinados parámetros que restringen la concurrencia. Por tanto, la controversia versa sobre la conformidad a derecho de los requerimientos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas para los lotes descritos en el antecedente de hecho séptimo, en tanto la recurrente afirma que el órgano de contratación establece una serie de especificaciones que parecen hacer referencia a un modelo concreto de una serie de fabricantes, lo que supone una limitación "de facto" de la concurrencia.

En el análisis de la cuestión planteada, se debe acudir, en primer lugar, al artículo 28.1 de la LCSP que recoge, como requisito de eficiencia, la precisión en la determinación del objeto del contrato al disponer que*: "1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.".*

A lo que se debe añadir el contenido del artículo 99 de la LCSP, que dispone que *el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá defi-*

nir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten".

Por tanto, el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP. Y no deben olvidarse las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual, gozando de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar.

Al respecto, cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: *"La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad".*

Debemos partir de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate. Y es que la mayor o menor apertura de los contratos públicos a la competencia no supone, en todo caso, una infracción de los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato cuando la supuesta menor apertura

encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate y dichas necesidades están además debidamente justificadas en el expediente, excepción hecha de aquellos supuestos en que las prescripciones técnicas se definan en términos tales que solo exista un licitador que pueda cumplirlas, todo lo cual exige una prueba adecuada y el examen objetivo de la concurrencia que haya podido existir en la licitación de que se trate.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, dentro de los principios y requisitos de la LCSP.

Determinaciones que, dentro de su grado de discrecionalidad técnica, el órgano de contratación debe trasladar al PPT, que define las características técnicas mínimas que deben disponer los productos ofertados, y que permiten al licitador, dentro del cumplimiento de dichos mínimos, ofertar una mejor solución técnica, que sería objeto de valoración en una fase posterior, tras la admisión de la oferta. Y es que no debemos olvidar que las entidades licitadoras no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas, lo cual sólo compete al órgano de contratación, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación.

Todo ello dentro de los parámetros establecidos en el art. 126 de la LCSP, es decir, que el órgano de contratación debe definir unas prescripciones técnicas, en los parámetros indicados en los artículos 123 y 124 de la LCSP, que garantice, como así dispone el apartado primero de dicho artículo, el 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.

El apartado 6 del citado artículo 126 de la LCSP afirma que *"Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o*

una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».”

Los citados apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE. La pretensión de dichos apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP, como pone de relieve la Sentencia, de 9 de febrero de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurso 2406/2002, en relación con análoga previsión de los textos legales anteriores a la vigente LCSP, *es “garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades”*

En definitiva, el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro lado, que las referencias a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción

Pues bien, en el supuesto examinado y como punto de partida, hemos de indicar que el establecimiento de unas prescripciones técnicas tan exhaustivas para describir los bienes que constituyen el objeto del contrato debería contar con una justificación concreta, rigurosa y suficiente en el expediente de contratación y ello, por su efecto restrictivo de la concurrencia. El artículo 28.1 de la LCSP impone a los poderes adjudicadores una determinación precisa en el expediente de contratación de las necesidades a las que el contrato

proyectado pretende dar satisfacción, justificación que ha de ser mayor cuanto más acotado y específico sea el objeto contractual por virtud de sus requerimientos técnicos. En cambio, en la documentación preparatoria del contrato no se encuentra esa motivación precisa que exige el precepto legal, y tampoco en el informe dando respuesta al recurso se observa se realice la suficiente motivación, siendo bastante genérica y en muchas ocasiones, sin vincular y dar respuesta a las concretas características objeto de recurso. Por tanto, ni en la fase preparatoria ni, aunque admitiéramos la posibilidad de justificar a posteriori, en la fase de recurso, la motivación es suficiente, no permitiendo colmar las exigencias del artículo 28.1 de la LCSP, tratándose como hemos visto de equipos con unos requerimientos técnicos muy exigentes y específicos.

Además, los citados informes procedentes del órgano de contratación ni siquiera se manifiestan sobre si existe o no exclusividad en el mercado en cuanto a determinadas características, lo que dio lugar a la solicitud de informe complementario el pasado día 28 de mayo. Con fecha de 8 de junio de 2020 se recibió informe, cuya conclusión era la siguiente*: "En consecuencia este centro gestor va a proceder a iniciar los trámites oportunos para el desistimiento del referido procedimiento conforme al artículo 152.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, al objeto de adecuar las características técnicas garantizando con ello el acceso por parte de todos los operadores económicos a la licitación".*

Dicho lo anterior, procede estimar la alegación referida al PPT, dada la ausencia de la debida motivación, originando que la corrección de la infracción legal cometida deba llevarse a cabo anulando el pliego de prescripciones técnicas, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 LCSP, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación, donde conste, conforme a los parámetros desarrollados en el presente fundamento una motivación suficiente.

SEXTO. Respecto a los motivos de impugnación relacionados con los criterios de adjudicación, comenzamos a analizar el relacionado con la configuración de los criterios denominados por el órgano de contratación "cualitativos".

Al respecto, como se ha expuesto en el antecedente de hecho octavo, el recurrente alega que los criterios técnicos 3, 4 y 5, aparecen configurados de un modo que es imposible discernir a priori y de manera objetiva qué aspectos relacionados con la calidad del produc-

to ofertado serán objeto de valoración o la forma en que van a ser valorados, dado que no se establecen parámetros para entender qué se entiende por calidad "*superior*", "*simplificación*", "*menos invasiva*" o "*facilidad de implantación*".

A lo que el órgano de contratación, en su informe, acepta la pretensión del recurrente, si bien de forma parcial, es decir, únicamente lo relacionado con la descripción contenida en los criterios 3, 4 y 5 que, como indica, *aunque se describen los criterios subjetivos en la cláusula 12.2 del PCAP, su valoración puede haberse descrito con mayor precisión. Por lo que se procederá a la rectificación de los mismos implementando la forma de su valoración*.

Dicha actuación del órgano de contratación debe calificarse como allanamiento parcial a la reclamación de la recurrente. Figura del allanamiento que no viene regulada expresamente en la LCSP, en cuanto a los efectos que produce en un recurso especial en materia de contratación si bien, por su similitud, le resulta aplicable la regulación del allanamiento contemplada en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, cuyo artículo 75 prevé expresamente la posibilidad de que "*Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior",* añadiendo en su párrafo segundo que "*Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá en el plazo común de diez días dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho".*

Como ha manifestado el TACRC en diversas resoluciones (entre otras, 294/2012, 409/2015, 831/2015, 882/2015 y 7/2016) "*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".*

Sentado el régimen del allanamiento es oportuno analizar la pretensión del recurrente para apreciar el requisito del allanamiento y que el mismo no constituye una infracción del ordenamiento jurídico, partiendo para ello del contenido contemplado en la cláusula 12.1.1 del PCAP, que define los criterios de adjudicación denominados "cualitativos" en los términos:

12.1.1.- Criterios cualitativos:

CRITERIOS	PUNTUACIÓN
2.- Reposición del material en 24 horas	15%
3.- Superior comportamiento hemodinámico o adaptación anatómica del paciente	8%
4.- Simplificación de la técnica o técnica menos invasiva	8%
5.- Facilidad de implantación o simplificación de la técnica para el cirujano	7%
6.- Mejor relación coste/efectividad, en relación a una menor estancia y gasto hospitalario	7%
7.- Utilización de material reciclado para el uso de los envases	5%

Y respecto a la valoración de los criterios, dispone la cláusula 12.2 del PCAP lo siguiente:

12.2.- La valoración de los criterios de adjudicación se hará con arreglo al siguiente procedimiento:

1ª.- La valoración de las ofertas se realizará de acuerdo a la siguiente tabla:

CRITERIOS TÉCNICOS	PUNTUACIÓN
3.- Superior comportamiento hemodinámico o adaptación anatómica del paciente	8%
4.- Simplificación de la técnica o técnica menos invasiva	8%
5.- Facilidad de implantación o simplificación de la técnica para el cirujano	7%
6.- Mejor relación coste/efectividad, en relación a una menor estancia y gasto hospitalario	7%

2ª.- Obtenida la puntuación de todas las ofertas respecto a cada uno de los criterios, se sumará la puntuación total de cada una de ellas, resultando seleccionada la que obtenga la mayor puntuación.

Por último, en relación con la documentación a aportar respecto de los criterios técnicos 3, 4,5 y 6, cuya valoración está sujeta a juicio de valor, la cláusula 15.2 del PCAP, dispone:

15.2.- ARCHIVO ELECTRÓNICO N.º 2

TITULO: *Proposición, sujeta a evaluación previa, para la licitación del contrato de* suministro de anillos y prótesis valvulares para el Servicio de Cirugía Cardíaca del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias *(expediente* 50/S/19/SU/CO/A/060*).*

CONTENIDO:

Las personas licitadoras incluirán en este sobre la siguiente documentación relacionada con los criterios de adjudicación números **3. "Superior comportamiento hemodinámico o adaptación anatómica del paciente",**

4."Simplificación de la técnica o técnica menos invasiva", 5."Facilidad de implantación o simplificación de la técnica para el cirujano" y 6."Mejor relación coste/efectividad, en relación a una mejor estancia y gasto hospitalario", a que se refiere la cláusula 12 del presente pliego:

• Deberá presentar descripción detallada de la oferta técnica en cumplimiento del pliego de prescripciones técnicas y de los criterios de adjudicación que se valoran.

• Documentación y certificaciones requeridas en el pliego de prescripciones técnicas que rigen la presente contratación, incluyendo la ficha técnica del producto.

• Documentación que permita realizar el procedimiento de evaluación de las ofertas respecto a los criterios de valoración.

• Código EAN asociado a cada artículo y presentación que formen parte de su oferta. En todo caso el licitador que resulte adjudicatario podrá ser requerido a que remita el código EAN al Hospital Universitario de Canarias para todos los artículos y formatos disponibles.

• Mejoras técnicas a la oferta, sobre los mínimos del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Si alguna persona licitadora no aporta la documentación relativa a alguno de los criterios a que se refiere este apartado, o la misma no contiene todos los requisitos exigidos en los párrafos anteriores, la proposición de dicha persona licitadora no será valorada respecto del criterio de que se trate. Para ser tenida en cuenta, dicha documentación deberá estar suscrita en su totalidad por persona licitadora, o ir acompañada de una relación de los documentos que la integran firmada por la persona licitadora, en la que declare, bajo su responsabilidad, ser ciertos los datos aportados. La Administración se reserva la facultad de comprobar en cualquier momento su veracidad, bien antes de la adjudicación del contrato, o bien durante su vigencia, pudiendo realizar tal comprobación por sí misma, o mediante petición la persona licitadora o adjudicataria de documentación o informes complementarios. La falsedad o inexactitud de tales datos provocará la desestimación de la oferta o, en su caso, la resolución del contrato, con pérdida de la garantía constituida, así como la exigencia de las responsabilidades e indemnizaciones que de tal hecho se deriven.

Analizadas las descripciones de los criterios 3, 4 y 5, se observa que los mismos no cumplen los requisitos exigidos en el artículo 145 de la LCSP, el cual dispone en su apartado quinto lo siguiente: "5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ili-

mitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores".

A la vista de la redacción contenida en el PCAP respecto de los 3 criterios objeto de recurso, *"Superior comportamiento hemodinámico o adaptación anatómica del paciente", "Simplificación de la técnica o técnica menos invasiva"* y *"Facilidad de implantación o simplificación de la técnica para el cirujano*", este Tribunal no aprecia que los mismos cumplan los requisitos exigidos en el art. 145.5 de la LCSP, dado que los términos empleados en la redacción de estos criterios sujetos a juicio de valor no contienen el detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación. Siendo correcto que los criterios sujetos a juicio de valor contienen un margen de discrecionalidad técnica a fin de que el órgano de contratación los evalúe, el mismo no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y de límite para la puntuación de las ofertas. Los criterios descritos contienen unos términos "*superior", "simplificación", "menos invasiva" o "facilidad de implantación*", que conllevan una indeterminación que va más allá de la facultad de discrecionalidad técnica con que cuenta el órgano de contratación, generando falta de transparencia que implica inseguridad en el momento de confeccionar las ofertas y en el momento de valoración de las mismas. Como así han afirmado los Tribunales de Recursos, entre otros, el de Andalucía, en su Resolución 48/2016, de 25 de febrero "*En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración".*

Analizados los criterios descritos, a la luz de la doctrina expuesta, los mismos contienen términos que no explicitan ni describen más que por una referencia general al superior comportamiento, simplificación de la técnica o que sea menos invasiva o facilidad de implantación o simplificación de la técnica para el cirujano, constituyendo conceptos sumamente amplios que pueden albergar innumerables aspectos no definidos previamente en los pliegos ni conocidos por los licitadores en el momento de preparar sus ofertas, de tal suerte que su concreción se producirá en el momento de valoración de las proposiciones, a la luz de lo que cada licitador oferte y en función de la estimación discrecional que en ese preciso momento haga el técnico evaluador.

Por todo lo expuesto, procede estimar este motivo de impugnación, lo que conlleva anular los mismos y proceder a la retroacción de las actuaciones al momento previo a la aprobación del PCAP, a fin de que se configuren sus términos conforme a los parámetros exigidos en la LCSP.

Este Tribunal, por último, si quisiera reseñar al órgano de contratación, como pautas en el momento de redacción del PCAP que, respetándose los límites reseñados, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, como recoge la doctrina de las Tribunales de Recursos, entre otras, la Resolución 139/2014, de 23 de junio, de Andalucía que *"(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada." Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que "Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática". En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales "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 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". (...) Otra cosa es que los licitadores desconozcan a priori la concreta puntuación que recibirán en el criterio, pero ello no vulnera los principios de transparencia e igualdad de trato, pues de otro modo sería imposible conciliar tales principios con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor. No se olvide que la peculiaridad de estos es precisamente que, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos, no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración>>.

SÉPTIMO-. Continuando con los motivos relacionados con los criterios de adjudicación, procede abordar el relacionado con el presunto incumplimiento del artículo 146.3 de la LCSP, en tanto el recurrente alega que el PCAP no contempla, en tanto el mismo califica que el procedimiento se articula por fases, un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos, a fin de continuar en el proceso selectivo, tal y como se ha expuesto en el antecedente de hecho octavo.

Al respecto, el órgano de contratación, en el informe del Servicio de Contratación, se opone a este motivo, en los siguientes términos: *Además, señalar que el procedimiento no está determinado en tres fases, como alega el recurrente, sino que nos encontramos en el supuesto 146.2 b) 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 (...)"2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.*
La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:" (…) "b) En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley". En consecuencia, no es admisible dicha alegación.

Expuestas las posiciones de las partes, el artículo 146.3 de la LCSP recoge: *"3. Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.*
En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.
Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia".

Del análisis del PCAP, este Tribunal, como afirma el informe del Servicio de Contratación Administrativa, ha podido comprobar que el presente procedimiento abierto de contratación no está articulado por fases, es decir, no se encuentra en el supuesto contemplado en el art. 146.3, en tanto el PCAP no describe un procedimiento por fases donde se excluye a aquellos licitadores que no alcancen un umbral mínimo del 50% de puntuación, como así se deduce de lo manifestado por el recurrente. Y es que no debe interpretarse que, cuando la selección de las ofertas se lleve a cabo mediante una combinación de criterios de evaluación automática y criterios sujetos a juicios de valor, ello implica que estamos ante un procedimiento abierto por fases. Por tanto, lo que no cabe interpretar es que el establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor y de criterios sujetos a evaluación automática en un procedimiento abierto supone en todo caso la existencia de fases en sentido propio, sino que este procedimiento, tal y como se regula en el PCAP, consta de una única fase con dos momentos de valoración. Y es que, si bien el procedimiento abierto admite su articulación por fases conforme a lo preceptuado en el artículo 146.3 LCSP, ello constituye una opción para el órgano de contratación que ha de articularse por vía de los pliegos, sin que en modo alguno puede considerarse que se está articulando el procedimiento en fases sucesivas cuando para la selección de la oferta económicamente más ventajosa, se emplee una combinación de criterios evaluables automática y de criterios sujetos a juicios de valor, como así se ha contemplado en el PCAP, disponiendo la cláusula 18 del PCAP cómo se va a realizar la apertura sucesiva de las proposiciones hasta alcanzar la propuesta de adjudicación, todo ello conforme a los parámetros fijados en la LCSP.

Lo que nos lleva a concluir que el recurrente parte de un error conceptual, al interpretar los pliegos, en tanto la cláusula citada contiene una redacción conforme al 146.2 b) de la LCSP que dispone: "*En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello",* y esto es lo que acontece en la licitación analizada, por lo que el hecho de valorar independientemente las ofertas, en dos momentos distintos, con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor y con arreglo a criterios de evaluación automática es un imperativo legal y no una opción del poder adjudicador. Ello es así, además, porque los criterios cualitativos para los que el precepto invocado por la recurrente establece el umbral mínimo del 50%, pueden encontrarse tanto en los sujetos a juicio de valor, como en los evaluables automáticamente. Pues bien, no puede acogerse en este caso el motivo esgrimido en el recurso. El artículo 146.3 de la LCSP al disponer que *"En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo"*, no está pensando en los dos necesarios momentos de valoración de las ofertas en el procedimiento abierto cuando existen criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática. En este caso, la valoración en momentos diferenciados es obligatoria legalmente (artículo 146.2 b) de la LCSP) para preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso selectivo, mientras que la dicción literal del artículo 146.3 del citado texto parte de una premisa opcional "*En el caso de que (...)".* Cabe señalar que desde el punto de vista del Derecho europeo, y en particular, de la Directiva 2014/24, la posibilidad de articular fases sucesivas tiene por objeto reducir progresivamente el número de ofertas a negociar o examinar, como sucede en la licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), en el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o en el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5), lo que tiene su correspondiente traducción en la LCSP, donde la licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación se regulan, respectivamente, en los artículos 169.3, 175.3 y 179.4 del citado texto legal. Pues bien, en este contexto, el establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor y de criterios sujetos a evaluación automática en un procedimiento abierto no supone la existencia de fases en sentido propio, sino que este procedimiento consta de una única

fase con dos momentos de valoración. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre la posibilidad de establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado. En su apartado 35, la sentencia señala: *"35 En efecto, como indicó en sustancia el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el hecho de que la Directiva 2014/24 reserve la posibilidad de desarrollarse en fases sucesivas a determinados procedimientos, como los que se contemplan en su artículo 29, apartado 6, en su artículo 30, apartado 4, y en su artículo 31, apartado 5, no permite concluir que una evaluación de las ofertas en dos tiempos, durante la única fase de adjudicación del contrato, no sería admisible en un procedimiento abierto, como el examinado en el litigio principal."* En este sentido, la Sentencia, en sus apartados 36 y 37 expone la distinta lógica a la que responden los tres procedimientos para los que la Directiva contempla la existencia de fases (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación) y el procedimiento abierto, donde no existen fases sino dos momentos o tiempos distintos en la valoración de las ofertas.

Con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar este motivo del recurso, al no apreciarse en los pliegos impugnados la infracción legal denunciada.

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

RESUELVE

PRIMERO. ESTIMAR parcialmente el recurso interpuesto por M.S.V, en nombre y representación de la mercantil EDWARDS LIFESCIENCES, S.L, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen en el procedimiento de contratación del suministro de anillos y prótesis valvulares para el Servicio de Cirugía Cardiaca del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias Expediente 50/S/19/SU/CO/A/060), convocado por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, anulando dichos pliegos en los extremos que se detallan en los fundamentos de esta resolución, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de su aprobación, a fin de que, en

caso de estimarlo así el órgano de contratación, pueda darse nueva redacción y proceder a realizar una nueva convocatoria de la licitación

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el art. 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

TERCERO. Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.

TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.