

RE 104/2021

Acuerdo 103/2021, de 4 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil “NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L.”, frente a los pliegos que rigen el contrato denominado «Material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line en la unidad de diálisis de agudos del Hospital Universitaria Miguel Servet de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de agosto de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el día 16 de agosto siguiente. Según figuraba en los citados anuncios, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 15 de septiembre de 2021.

El día 1 de septiembre de 2021 se publicó –en la misma Plataforma- una rectificación del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rigen la licitación, sin alterar el plazo de presentación de ofertas.

Se trata de un contrato de suministro, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 514 710 euros, IVA excluido.

Segundo.- Con fecha 6 de septiembre de 2021 fue interpuesto ante el órgano de contratación, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por don A.J.A., en nombre y representación de la mercantil “NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L.”, frente a los pliegos que rigen el contrato anteriormente mencionado.

El recurso aduce, en síntesis:

- a) Que los pliegos vulneran los artículos 99, 126 y 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) al dividir la licitación en un lote único compuesto por dos posiciones que no pueden ser adjudicadas de forma independiente, con vulneración de los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y proporcionalidad.
- b) Que asimismo infringen los artículos 92, 126 y 131 de la LCSP al configurar unos criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa de forma imprecisa.
- c) Finalmente, también son contrarios a los artículos 101 y 102 de la LCSP, debido a que el valor estimado del contrato únicamente incluye los costes directos y no los indirectos, ni el beneficio industrial.

Por lo expuesto, interesa la anulación de los pliegos que rigen la licitación de referencia y la retroacción de las actuaciones a fin de volver a iniciar la licitación.

Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento –como medida cautelar–, en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

Tercero.- El día 7 de septiembre de 2021, el órgano de contratación dio traslado del escrito de recurso a este Tribunal, remitiendo el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP los días 8 y 10 de septiembre siguientes.

Cuarto.- Habiendo finalizado el plazo de presentación de proposiciones, el día 20 de septiembre de 2021, se dio traslado del recurso a la única licitadora del contrato –MEDTRONIC, S.A.–, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. La interesada ha presentado alegaciones oponiéndose al recurso.

Quinto.- Mediante Resolución 17/2021, de 28 de septiembre, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, se acordó la suspensión cautelar del procedimiento de licitación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L.” para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP y ello pese a que la mercantil comparecida en el trámite de alegaciones niega su concurrencia, alegando que la recurrente no cumple con determinadas prescripciones técnicas exigidas a la licitación, lo que impediría en todo caso obtener beneficio

con el presente recurso. Sin embargo, tal cuestión requiere un juicio técnico del que este Tribunal carece y a falta de una actividad probatoria sólida por parte de quien la plantea, que lo acredite, ni alegación alguna al respecto por parte del órgano de contratación, no puede ser apreciada.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es de 514 710 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA y se dirige contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación de referencia, actuación susceptible de impugnación ex artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo.

En primer lugar, afirma la actora que los pliegos impugnados son contrarios a Derecho porque el objeto del contrato queda determinado en un único lote que incluye dos posiciones o sublotes, de los cuales según la recurrente, uno es exclusivo de una mercantil que es la que lo comercializa -y por tanto solo podría ser suministrado por ella-, lo que limita la adjudicación de todo el contrato a esa mercantil y que, además, los citados sublotes son de realización independiente, lo que permitiría su adjudicación por separado, de manera que se ha infringido el artículo 99 de la LCSP. La recurrente argumenta la existencia de la infracción en el escrito de recurso, del siguiente modo:

«1. es importante resaltar que las técnicas de diálisis de ambos sublotes, son totalmente independientes, sin tener ambas terapias entre sí, un carácter accesorio, interdependiente o subsidiario. Esta circunstancia, contraviene

claramente el art. 99 apartado 1: “El objeto de los contratos del sector público 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 este sentido reitera el apartado 3 del mismo art. “Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes en lotes del objeto del contrato los siguientes:

- a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia.*
- b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes”*

Pues bien, ninguno de estos dos requisitos se cumplen en el presente caso, ya que las técnicas de Hemodiafiltración on line, y terapia de hemodiafiltración con terapia de depuración selectiva alto cut-off y adsorción, son dos terapias independientes, no complementarias ni accesorias entre sí, razón por la cual, desde el punto de vista de ejecución tanto técnica como operacional, no existe riesgo para la correcta ejecución del contrato, ni necesidad de adjudicar ambos lotes a un solo contratista.

Sobre esta cuestión, existe reiteradísima jurisprudencia, entre otras, la Resolución nº 909/2021 del TACRC, a este respecto, recuerda el Tribunal en su fundamento 5º “Hay que recordar la literalidad del art. 99.3 de la LCSP cuando dispone que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente.”

En el presente expediente, no existen motivos válidos, ni debida justificación sobre la no división en lotes, ni en los pliegos, ni en la memoria previa a la publicación del expediente por las razones aducidas previamente.»

Al respecto, el órgano de contratación ha remitido informe que señala lo siguiente:

«El objetivo del concurso es la contratación del material necesario para la realización de Hemodiálisis en sus diferentes modalidades y entre ellas la depuración selectiva de alto Cut-off y adsorción. Incluye el suministro de: Sets de material (dializador, líneas, filtros), fungibles necesarios, monitores de diálisis y conexiones al circuito de agua de diálisis. En resumen, los elementos técnicos imprescindibles para la realización de las citadas técnicas de diálisis en la Unidad de Agudos del Hospital Universitario Miguel Servet

2.- El suministro de material necesario para las terapias de Hemodiálisis se ha dividido en dos procedimientos, diferenciando Unidad de Crónicos y Unidad de Agudos:

Procedimiento abierto 18 HMS/2021: “Suministro de material y equipamiento

para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración On-Line en la UNIDAD DE DIÁLISIS DE CRÓNICOS del Hospital Universitario Miguel Servet".

Procedimiento abierto 132 HMS/2021: "Suministro de material y equipamiento para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración On-Line en la UNIDAD DE DIÁLISIS DE AGUDOS del Hospital Universitario Miguel Servet".

El motivo de realizar dos procedimientos ha sido facilitar la organización de dos terapias con marcadas diferencias en la necesidad de atención médica y de material:

Pacientes estables en programa de diálisis de Crónicos

Pacientes complejos en programa de diálisis de Agudos (urgencias, riesgo vital, enfermedad grave, necesidad de técnicas especiales, etc.).

La hemodiálisis realizada en la Unidad de Agudos implica un adecuado seguimiento de protocolos complejos en pacientes con patología grave con necesidad de actuar con rapidez y eficacia. Es fundamental la formación y coordinación del personal médico, enfermería y técnicos sanitarios. Por este motivo, e independientemente de que según necesidades del paciente se actúe con cualquiera de las dos técnicas incluidas en el pliego de la Unidad de Agudos, debemos simplificar el procedimiento.

Atendiendo a la seguridad del paciente, consideramos vital que se manejen materiales similares (especialmente Monitores de diálisis que se incluyen en la petición) y no introducir variables que hacen más compleja la actuación y pueden inducir a errores o tratamientos incorrectos en momentos de urgencia. Por este motivo, incluimos ambas técnicas en un mismo lote.

El total de lotes licitados para el Servicio de Diálisis es de 6, facilitando la concurrencia de las distintas empresas del Sector. Dentro de cada lote, tanto en la Unidad de Crónicos como en la de Agudos, se incluyen Sets de Hemodiálisis que agrupan distintos materiales. ANEXOS I y II

De todas formas, existen técnicas de diálisis o dializadores que son necesarios y que por suerte o desgracia solo una empresa los puede ofertar. Así, en el pliego de la Unidad de Diálisis de Crónicos el lote 2 posición 5, triacetato de celulosa para pacientes hipersensibles, tan sólo la empresa NIPRO puede concurrir.»

La mercantil comparecida en el trámite de alegaciones de este recurso, que es la única licitadora del contrato, afirma en su escrito lo siguiente:

«En este caso -y de conformidad con el artículo 99.3 de la LCSP- el órgano de contratación en la página 4 de la memoria ha justificado que: “No procede división en lotes el objeto del contrato, ya que la naturaleza de dicho objeto hace necesaria, para su correcta ejecución, la adjudicación del contrato a un único licitador.”

Esta no división en lotes es perfectamente coherente con el contenido de los pliegos pues recordemos que, además de exigir las 2.975 unidades de sets de hemodiálisis de alto flujo y otros 2.975 sets de terapia para duración selectiva alto cut-off, el PPT exige el arrendamiento de cuatro equipos de diálisis (3 en uno y 1 de reserva).

Si en la sala de hemodiálisis solo caben tres monitores, que serán utilizados por tres pacientes -como se desprende de los pliegos- y se prevé un monitor de reserva compatible con ambos sets, resulta imprescindible que el fungible pueda utilizarse con todos los monitores.

Pensemos en caso contrario al existir dos sets diferenciados ¿cómo podría haberse dividido este suministro en dos lotes? Desde el punto de vista matemático, podríamos pensar que la mitad de 3 es 1,5, pero es evidente que no es posible ofertar 1,5 monitores para cada set u 0,5 monitores de reserva.

Además, si le exigiéramos a la Administración que separase dicho suministro en dos lotes, habría tenido necesariamente que pedir dos monitores en cada lote, uno para cada set.

Sin embargo, no habría espacio suficiente en la sala del Hospital para 4 monitores, solo caben tres pacientes a la vez.

Debe tenerse además en cuenta que hay otro problema en que existan dos modelos de monitores para los tratamientos de pacientes con insuficiencia renal aguda y es que el fungible de cada uno de ellos sería incompatible con el otro, por lo que, en caso de avería, no podrían sustituirse unos por otros.

La parte recurrente señala que el fungible de “terapias y prestaciones no interdependientes ni accesorias entre sí”, y es cierto que una terapia no puede usarse junto con la otra. Pero lo que también es cierto es que una terapia de una casa comercial concreta no puede usarse con el monitor de otra; por lo que es imprescindible que sea un único licitador el que presente los monitores y los fungibles. En ese caso los pacientes quedarán atendidos sin problema.

Además, para evitar la restricción de la competencia que denuncia Nipro, resultaría necesario disponer de 2 monitores para cada set (4 monitores) más 2 monitores de reserva (por si se estropeara uno de cada tipo, siendo un total de 6 monitores lo que la Administración debería pedir.

Esta exigencia resulta cuando menos caprichosa, pues es evidente que Nipro está anteponiendo sus intereses comerciales y económicos en perjuicio

patrimonial del Hospital y en definitiva del interés público, cuando éste ha definido que sus necesidades son sólo disponer de 4 monitores.

En este sentido, a la vista de la justificación de la Administración al exponer que la prestación debe ser realizada por un único licitador, observamos que otro inconveniente es la dificultad que puede encontrar el personal sanitario a la hora de manejar los equipos. La unificación de la tecnología es lo que realmente persigue el órgano de contratación, siendo esta una finalidad legítima y acorde con el tipo de contrato que están licitando.

En definitiva, esta parte encuentra justificada la no división en lotes.»

Expuestos los términos en los que está planteado el debate, lo primero que debemos hacer es acudir al régimen legal de la división en lotes de los contratos, contenido en el artículo 99 de la LCSP –en parte reproducida con las transcripciones de los escritos de las partes- que dispone lo siguiente:

«3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la

autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.»

Pues bien, este Tribunal considera que la controversia aquí suscitada trae causa de una redacción contradictoria y errónea de los pliegos: en efecto, en el cuadro-resumen del PCAP, letra B, relativa a la «definición del objeto del contrato», se indica que es posible licitar por lotes, que no se admite la posibilidad de licitar por sublotos y se define un único lote denominado como sigue: «Lote 1: Material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración On-Line en la Unidad de Diálisis de agudos del Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza».

Por otro lado, en el informe sobre la necesidad del contrato obrante en el expediente, al que se refiere también la mercantil que se ha personado en el presente recurso, consta una grave contradicción al señalar lo siguiente en un mismo párrafo:

«6.2 División en lotes: art. 99 LCSP 9/2017

El contrato se divide en un único lote. No procede división en lotes el objeto del contrato, ya que la naturaleza de dicho objeto hace necesaria, para su correcta ejecución, la adjudicación del contrato a un único licitador.»

Así pues, el PCAP señala que el objeto del contrato se divide en lotes pero luego solo se establece un único lote con dos partidas que no se pueden adjudicar por separado, de manera que se establece un régimen que no resulta lógico ni coherente, que es anómalo y en definitiva contrario a la propia naturaleza de la figura de la división en lotes y, a juicio de este Tribunal, está incurriendo en un fraude de ley, pues pese a señalarse claramente que procede la división en lotes, la realidad material es que la configuración de la licitación impide la realización independiente de las prestaciones objeto del contrato y sin embargo se han eludido las exigencias que la LCSP impone para justificar que no se acuda a la división en lotes de la licitación.

Y no cabe admitir la argumentación del órgano de contratación que considera que *«el total de lotes licitados para el Servicio de Diálisis (Agudos y Crónicos) es de 6»*, pues al parecer, se trata de procedimientos de adjudicación autónomos –el que nos ocupa tiene por objeto únicamente el servicio de diálisis de agudos-, no de lotes, y en el procedimiento objeto de este recurso, sólo se licita un lote que comprende todas las prestaciones del contrato.

Tampoco cabe admitir la argumentación del único licitador del procedimiento expuesta en su escrito de alegaciones, que considera que la presente licitación está configurada sin división en lotes y que además está suficientemente justificada en el expediente puesto que, en primer lugar la única mención a la falta de división del contrato está contenida en el informe de necesidad y es incoherente o contradictoria con el PCAP que dispone que es posible licitar por lotes, así como con el propio documento donde se encuentra la misma, que señala una lo contrario a continuación, en el mismo apartado; y segundo porque la justificación señalada no colmaría en absoluto las exigencias del artículo 99.3 de la LCSP, al no ofrecer argumentación alguna más allá de la mera afirmación de la improcedencia de la división, lo que daría la razón a la recurrente que señala que no existe *«ni debida justificación sobre la no división*

en lotes, ni en los pliegos, ni en la memoria previa a la publicación del expediente por las razones aducidas previamente.».

Por todo ello, procede estimar el presente motivo del recurso, por contravenir el régimen legal establecido para la división y adjudicación por lotes, y ordenar la anulación de las cláusulas y prescripciones impugnadas y, con ello, de los propios pliegos objeto del presente recurso y del mismo procedimiento de contratación junto con la retroacción de actuaciones para que, en caso de que el órgano de contratación estime oportuno convocar nueva licitación, pueda proceder a la aprobación de nuevos pliegos y a la apertura de nuevo plazo al objeto de que los licitadores presenten sus proposiciones, dando conocimiento el órgano de contratación y a este Tribunal administrativo de las actuaciones adoptadas en cumplimiento del presente acuerdo a tenor de lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP.

Aunque la estimación de este motivo del recurso haría innecesario este análisis –pues del mismo se deriva la nulidad de la licitación–, este Tribunal considera necesario, en aras del principio de congruencia y a fin de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre el resto de los motivos de los recursos.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso, alega la recurrente la falta de la exigible concreción en algunos de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En su escrito lo argumenta del siguiente modo:

«El presente Fundamento Jurídico versa sobre la indefensión causada a los licitadores, por la inclusión de varios criterios en los Pliegos cuya fórmula de valoración no es clara, o bien no se determina de forma precisa, cuáles son los elementos que darán lugar a una puntuación u otra en el Pliego.

Sobre las características de los equipos, recursos técnicos y materiales, establece el PPT varios criterios de valoración subjetiva, en su anexo X, que son los siguientes:

ORDEN	LOTE	POS	DESCRIPCION CRITERIO		PONDERACION
			CRITERIOS LOTE 1 DIALIZADORES Y SET DE LINEAS		
1			DIALIZADORES Y SET DE LINEAS		0-27 PUNTOS
	1	1	SET PARA HEMODIÁLISIS DE ALTO FLUJO Y ALTA BIOCOMPATIBILIDAD INCLUYENDO DIALIZADOR		
			Coeficiente de transferencia de masas para la Urea KoA , Aclaramiento in vitro para urea, creatinina, fósforo, Vit B12 (Qb = 300 ml/min; Qd = 500 ml/min; UF = 0)	3,00	
			Coeficiente de Cribado para albúmina, Beta-2-microglobulina y mioglobina	2,00	
			Capacidad de adsorción de toxinas/minimizar anticoagulación	2,00	
			Volumen de cebado	2,00	
			Tipo de esterilización del dializador	2,00	
			Set de líneas arterial y venosa con los biosensores necesarios para monitorizar al paciente, incluyendo variaciones de volumen plasmático y saturación O2, acordes con los monitores de HD utilizados	3,00	
			Montaje y autocebado automáticos en todas las modalidades de diálisis, sin necesidad de material adicional o diferente al de los SET ofertados	1,00	
			Material y tipo de esterilización	1,00	
			SUBTOTAL POS. 1	16,00	
Aquellas ofertas que no alcancen el 50% en este criterio, no serán objeto de consideración ni ponderación con arreglo a los demás criterios de adjudicación.					
			Aquellas ofertas que no alcancen la puntuación mínima del 50 % puntos en este criterio, no serán objeto de consideración ni ponderación con arreglo a los demás criterios de adjudicación.		
	1	2	SET PARA SESION DE TERAPIA PARA DUPRACIÓN SELECTIVA ALTO CUT-OFF Y ABSORCIÓN		
			Valores de KUF y Coeficiente de Cribado para la albúmina	4,00	
			Set de líneas arterial y venosa con los biosensores necesarios para monitorizar al paciente, incluyendo variaciones de volumen plasmático y saturación O2, acordes con los monitores de HD utilizados	4,00	
			Montaje y autocebado automáticos en todas las modalidades de diálisis, sin necesidad de material adicional o diferente al de los SET ofertados	2,00	
			Material y tipo de esterilización	1,00	
			SUBTOTAL POS. 2	11,00	
Aquellas ofertas que no alcancen el 50% en este criterio, no serán objeto de consideración ni ponderación con arreglo a los demás criterios de adjudicación.					

Pues bien, no resultan claras cuáles serán las valoraciones que aplicará el

Órgano de Contratación, con respecto a los Criterios del lote 1, posición 2, en relación a los sets de líneas y dializadores, al ser los criterios evaluables meramente enunciativos y generales, si determinar qué aspectos o cualidades del material fungible, serán valorados o no con la máxima puntuación. Criterios tales como:

- 1. Coeficiente de transferencia de masa para la Urea KoA, Aclaramiento in vitro para urea, creatinina, fósforo, Vit B12 (Qb= 300ml/min; Qd= 500ml/min; UF=0)- 3,00 puntos*
- 2. Volumen de cebado- 2,00 puntos*
- 3. Tipo de esterilización del dializador- 2,00 puntos*
- 4. Material y tipo de esterilización- 1,00 puntos*

Sobre la falta de concreción de los criterios técnicos establecidos en los Pliegos, dispone el artículo 92 de la LCSP lo siguiente:

“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos.”

Sobre esta cuestión, numerosa jurisprudencia establece la necesidad de concreción de los criterios y valoración en los Pliegos así como la obligatoriedad de establecer criterios técnicos objetivos por parte de los poderes adjudicadores, para velar por los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica que han de regir la contratación pública.

Por todas, la Resolución 385/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 28 de Abril de 2017 dispone:

“(…) el grado de concreción exigible a los pliegos es 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, pudiendo ponderar o interpretar cuando el citado grado de concreción cumple con las exigencias de los principios de la contratación del sector público a la vista de la jurisprudencia que, sobre las Directivas de contratación en esta misma materia, emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(…)

Recordábamos entonces asimismo que el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento.”

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 97/2013 de 6 de marzo del TACRC, según la cual:

“(…)la necesidad de que todos los licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado”.

Finalmente, la Resolución 628/2015, de 6 de julio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras muchas), establece que el

objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de: “garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.”

De todo lo anterior se desprende la necesidad de que los criterios que establezcan los Pliegos han de ser objetivos y en caso de ser subjetivos, su valoración ha de estar claramente establecida, hecho que no se cumple en ninguno de los criterios expuestos

Lo anterior supone una importante transgresión de los principios de libre concurrencia, proporcionalidad e igualdad de trato debido a la falta de claridad y redacción de los Pliegos (artículos 92, 126 y 131 de la LCSP).»

El órgano de contratación en su informe elaborado con motivo de la interposición del recurso:

«Sobre la falta de concreción y el abuso de la discrecionalidad por parte del órgano de Contratación a la hora de valorar los Criterios de Valoración Subjetivos, afirmamos que no todos los elementos del material de diálisis tienen la misma importancia en el procedimiento y por ello la valoración dada es diferente para el material (dializadores, líneas) y los monitores de diálisis. Los SET de material (dializadores y líneas) se valoran hasta un máximo de 27 puntos y los monitores hasta un máximo de 18,50 puntos. Los puntos asignados para el material y los monitores se razonan suficientemente en el informe técnico de los criterios subjetivos de la Mesa de contratación. Se aclara que para la valoración de los dializadores existe una norma española

unificadora (UNE EN-1283 de 1996) que define, clarifica y normaliza que los datos aportados sean los mismos para todos los fabricantes. Asimismo, en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se especifican los métodos de esterilización de los materiales y las características fundamentales de los monitores de diálisis, en base al conocimiento y/o experiencia en la utilización de los diferentes modelos ofertados.

Con toda la información aportada y en base a los criterios definidos en el PPT se realiza una valoración total de las ofertas recibidas. Para los criterios objetivos sujetos a evaluación posterior, se asigna un 100 % de la puntuación al valor más alto y una puntuación proporcional al resto de valores. Para la evaluación de características cualitativas se tienen en cuenta las definiciones incluidas en el PPT.

Por lo expuesto, este órgano de contratación considera adecuada la especificación del Pliego Técnico así como la distribución de puntos de los criterios subjetivos y objetivos. Cabría citar alguno de los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos, el Acuerdo 37/2018, de 4 de junio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, citando la Resolución 621/2017 de 7 de julio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a la que nos acogemos y que indican al respecto lo siguiente:

«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. 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»”.»

La mercantil compareciente en el presente recurso, señala lo siguiente a este respecto, en su escrito de alegaciones:

«A nuestro juicio, los criterios son suficientemente claros y nos permiten elaborar una oferta adecuada puesto que la mayoría de éstos coinciden con las características técnicas definidas en el PPT. Es decir, en el PPT se establecen las características mínimas (con sus baremos mínimos) que deben ofertar todas las licitadoras para no ser excluidas del Concurso, y en el PCAP se establece que se concederá mayor puntuación a aquellas ofertas que presenten mejores valores.

Por ejemplo, en el caso del coeficiente del KoA Urea, el PPT establece que deberá ser como mínimo de 1.200KoA y el PCAP señala que obtendrán una mejor puntuación aquellos que oferten un baremo mayor.

Si para Nipro no es tan evidente, siempre pudo haber realizado alguna consulta en el perfil del contratante para aclarar esta cuestión, pues el órgano de contratación lo habría aclarado con una respuesta que sería vinculante para todos los licitadores.

Sin embargo, no ha cursado ninguna solicitud, posiblemente porque en realidad dichos criterios también sean suficientes para la recurrente, limitándose su interés a añadir a su recurso argumentos ciertamente débiles que, al menos por extensión, completaran su recurso.»

Expuesta la controversia, procede señalar que –en relación con la aplicación de los criterios de adjudicación– el artículo 146.3 de la LCSP dispone que «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».

Pues bien, para resolver la citada controversia, hay que traer a colación, en primer lugar, lo referido en nuestro Acuerdo 117/2018, de 29 de noviembre, en el que señalamos que:

«Así los criterios sujetos a juicio de valor, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano calificador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de ponderación previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la baremación o puntuación de las ofertas.

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. A tal respecto, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del TACRC, 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, tal y como afirma la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC): *«(l)a 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».

Trasladando la doctrina y consideraciones expuestas a los criterios de adjudicación impugnados, cabe observar en ellos la definición de pautas o aspectos que van a apreciarse a la hora de valorar las ofertas, concretando además, de forma detallada, la puntuación que se puede obtener a través de una asignación de bandas de puntos.

De tal modo que no cabe considerar la existencia de una indeterminación en tales criterios, o al menos no ha podido acreditarse por la recurrente, partiendo de que estamos ante criterios técnicos sujetos a juicio de valor; y que la Mesa de contratación está formada o asistida, por personal técnico especializado a quien se presume conocimiento necesario para discernir esas ventajas significativas o valor añadido y sin que confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, tal y como ya puso de manifiesto este Tribunal administrativo en su Acuerdo 27/2019, de 28 de febrero, con cita en el Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto, donde se señalaba que: *«La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas (artículo 21.1 e RPLCSP).*

Y así, afirma el Tribunal Supremo –en su Sentencia de 7 de mayo de 1987–, que sea la naturaleza que se quiera atribuir a la Mesa de contratación, lo que en ningún caso puede admitirse es que aquella sea un mero buzón colegiado

para la recepción de ofertas y apertura de plicas, y no puede limitar su función a recibir informes de manera acrítica –como se advierte en la STS de 28 de noviembre de 2012–; pues en la medida en que la propuesta de adjudicación, elevada al órgano de contratación, se apoye en informes que no proporcionen las garantías suficiente de objetividad, la adjudicación quedará viciada. Y, en tales casos, procederá la retroacción de las actuaciones, y la emisión de nuevos informes, ajustados al pliego de condiciones y con el grado de motivación exigible, por los técnicos que se estimen convenientes, pero que respeten los criterios expuestos».

Por ello, este Tribunal administrativo concluye que no existe en los criterios impugnados, la vulneración del régimen legal establecido en los artículos 145 y 146 de la LCSP denunciada por la recurrente.

CUARTO.- Por último, y como tercer motivo del recurso, aduce la recurrente la vulneración de los artículos 101 y 102 de la LCSP al considerar que el valor estimado del contrato reflejado en los pliegos únicamente incluye los costes directos y no los indirectos ni el beneficio industrial.

Expone su argumentación del siguiente modo:

«A lo largo del presente Fundamento Jurídico, se expondrán las causas por las cuales el valor estimado del Concurso NO es un precio cierto, tal y como exige la LCSP, sino que únicamente tiene en cuenta los costes directos derivados de la ejecución del Concurso.

Regula el PCAP en su página 1 DEL CUADRO RESUMEN, el precio total del Concurso y su pertinente desglose de la siguiente manera:

D.- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN (Ver Anexo II)

Importe de licitación IVA excluido	Tipo IVA aplicable: 10 %	Presupuesto base de licitación (IVA incluido)
Lote 1: 383.775,00 €	Lote 1 Importe IVA: 38.377,50 €	Lote 1: 422.152,50 €
Pago mediante entrega de bienes: SI ☐ NO ☒		
Aplicación Presupuestaria:	G/4121/221019/91002	
SISTEMA DE DETERMINACION DEL PRECIO: PRECIOS UNITARIOS		

Asimismo, establece el apartado 1 del PPT, sobre el objeto del contrato:

El contrato incluye la adecuación/reforma de los espacios, y todas las instalaciones y sistemas necesarios para la instalación del equipamiento que sea preciso para obtener las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración.

El desglose presupuestario, omite la partida de “costes indirectos” en donde deberían estar reflejados los gastos de adecuación/reforma de los espacios, y todas las instalaciones, ya que dicha prestación, no es accesoria ni se encuentra relacionada directamente con el “suministro del material fungible” ni cesión del equipamiento objeto del contrato.

Pues bien, sobre el precio en los contratos públicos, establece el artículo 102.2 de la LCSP, que el precio ha de ser cierto, y que ha de estar desglosado en partidas independientes:

“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente.”

En el mismo sentido, el artículo 101.2 de la LCSP, también citado por el PCAP, dispone lo siguiente:

“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales

vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.”

De la legislación transcrita puede claramente desprenderse que el precio de cualquier licitación, ha de ser concreto, y ha de tener en cuenta no sólo los gastos directos de la ejecución, sino también aquellos posibles gastos indirectos, o el beneficio industrial.

Sobre esta cuestión, es clara la jurisprudencia de varios órganos judiciales. Citamos la Resolución número 739/2019 de 4 de julio de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (“TACRC”), dispone:

“El Tribunal ha declarado (por todas, Resoluciones 861/2018, de 1 de octubre y 506/2019, de 9 de mayo) que la literalidad de los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP es clara, cuando impone que sea en el PCAP o en el documento regulador de la licitación, donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de sexos, obligación cuyo incumplimiento determina la nulidad de los pliegos.”

Pues bien, como podemos observar, los Pliegos en ningún momento cumplen con lo dispuesto por la Ley y jurisprudencia citada, por dos motivos principales: (i) no tienen en cuenta los costes indirectos que pueden acarrear a los licitadores, tales como la Adecuación/ reforma de la Sala de Hemodiálisis del Hospital, establecida en el Objeto del Contrato apartado 1 del PPT; y, (ii) no incluyen los gastos de beneficio industrial.»

Por su parte, el órgano de contratación opone a esta impugnación, lo siguiente:

«En cuanto a la exposición de la recurrente de las causas por las que “el valor estimado del concurso NO es un precio cierto...” indicar que en el Anexo II del PCAP se especifica tal desglose del Valor estimado del contrato:

ANEXO II
PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN
Artículo 100.2 LCSP
(Especificar para cada lote, en su caso)

☐ **Desglose de costes directos e indirectos**

<i>Costes Directos</i>	<i>Importe (IVA excluido)</i>
Total	333.538,85

<i>Costes Indirectos (€)</i>	
<i>Costes estructurales</i>	<i>34.040,84</i>
<i>Beneficio industrial</i>	<i>16.195,31</i>
Total	50.236,15

Impuesto (€) sobre el Valor añadido **38.377,50**

☐ **Desglose de costes salariales de mano de obra.**

<i>Costes por desagregación</i>	<i>Costes por categoría laboral</i>
TOTAL	TOTAL

☐ **Importe del incremento del número de unidades (solo en caso de precios unitarios)**

La justificación del desglose de costes está en el documento “Memoria Justificativa”, documento de obligada publicación junto al resto de documentos que rigen la licitación y la que indica:

PRECIO DEL CONTRATO.

Modalidad y naturaleza del contrato (Art. 16.3 a) Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público): Precios unitarios.

Naturaleza del Contrato: Contrato administrativo de Suministros en el que el

adjudicatario/s se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario.

El suministro objeto de este contrato, se utiliza a medida que se van necesitando, sin poder definir en el momento de iniciar o celebrar el contrato la cuantía exacta de material que va a ser necesario para su periodo de vigencia, supeditando las entregas a las necesidades asistenciales del centro hospitalario.

Precio del contrato:

Para la determinación del precio, se ha tenido en cuenta el precio que actualmente abona el Hospital, así como estudios de mercado de costes de otros centros sanitarios.

A efectos del Anexo II del PCAP se desglosan los costes directos e indirectos, reflejándose en los primeros, la adecuación del espacio más el equipamiento, el mantenimiento, el material fungible y los costes de financiación y en estos últimos los costes de administración y el beneficio industrial, tal y como exige el artículo 101.2 LCSP.

Este desglose se ha efectuado en base a la información publicada por la Central de Balances del Banco de España, que desglosa un conjunto de 29 ratios sectoriales de sociedades no financieras, clasificadas por sector de actividad (Clasificación Nacional de Actividades Económicas – CNAE) y el tamaño de la empresa. El objeto del contrato relativo a este expediente quedaría englobado dentro del epígrafe G467 “Otro comercio al por mayor especializado”. Dado que no existen razones que permitan encuadrar a las posibles empresas licitadoras en un rango concreto de la distribución de frecuencias de los incluidos en el estudio en que se basan los datos publicados por el Banco de España, se han tomado las referidas al cuartil 2,

correspondientes a valores promedios 4.- Por último, del punto recurrido relacionado con la adecuación/reforma de espacios e instalaciones señalamos que figura dentro del PPT, en el punto 1.- “Objeto del contrato”, párrafo cuarto:

“El contrato incluye la adecuación/reforma de los espacios y todas las instalaciones y sistemas necesarios para la instalación del equipamiento que sea preciso para obtener las sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración”.

La sala destinada a estas terapias no precisa de adecuación/reforma alguna como bien es sabido por los proveedores habituales de este Hospital, como es la empresa NIPRO. En el desarrollo del pliego NO se describen adecuaciones o reformas ni se incluyen en la valoración de las ofertas presentadas. Se trata de un formulismo para garantizar el compromiso de la empresa en la adecuada instalación del equipamiento.»

Expuestos los términos de la cuestión, resulta de fácil solución pues la afirmación en la que la recurrente basa su impugnación, decae con la lectura del Anexo II del PCAP, al que precisamente remite de forma expresa la letra «D» del cuadro resumen de dicho documento, relativa al presupuesto de licitación -reproducida con la transcripción del informe del órgano de contratación-, donde aparece desglosado dicho presupuesto distinguiendo costes directos e indirectos e incluyendo dentro de estos últimos, los costes estructurales y el beneficio industrial, por lo que se cumple con la exigencia legal cuya vulneración se denuncia.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L.” frente a los pliegos que rigen el contrato denominado «Material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line en la unidad de diálisis de agudos del Hospital Universitaria Miguel Servet de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el



Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.