

**RECURSO 179/2019
RESOLUCIÓN 180/2019**

Resolución 180/2019, de 5 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin) frente al anuncio de licitación y los pliegos rectores de la contratación del suministro de material fungible necesario para la realización de tratamientos de hemodiálisis, más el arrendamiento y mantenimiento del equipo necesario, con destino al Hospital El Bierzo, expediente 3401-341-1-2019-2020009106.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución del Gerente de Asistencia Sanitaria del Bierzo de 1 de octubre de 2019, se aprobaron el expediente de contratación, el gasto correspondiente, los pliegos y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de material fungible necesario para la realización de tratamientos de hemodiálisis, más el arrendamiento y mantenimiento del equipo necesario, con destino al Hospital El Bierzo.

El valor estimado del contrato es de 1.949.180,27 euros.

El anuncio de licitación se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 7 de octubre.

Segundo.- El 28 de octubre la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin), representada por D. yyyy, presenta un recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de licitación y los pliegos del contrato de referencia.

El extenso recurso se funda en la infracción del plazo de presentación de ofertas previsto en el artículo 156 de la LCSP; en la incorrecta configuración de los lotes, al estar el lote nº 2 esencialmente vinculado al lote nº 1; en la infracción de los artículos 100 y 101 de la LCSP al no estar desglosados ni previstos en debida forma en el presupuesto el coste de la aplicación informática y la formación; en la indebida previsión del criterio de adjudicación relativo a las mejoras y al plan de formación; en la falta de justificación e imprecisión de los criterios de adjudicación; en la no fijación de los parámetros objetivos para identificar las ofertas anormales o desproporcionadas, y en la indebida previsión del tipo de IVA aplicable a los sets de línea.

Tercero.- Se ha recibido en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación de 8 de noviembre, en el que se opone a la estimación del recurso.

Cuarto.- Por Acuerdo del Tribunal 80/2019, de 12 de noviembre, se estima la solicitud de adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación contenida en el recurso.

Quinto.- El 15 de noviembre de 2019 se dio traslado del recurso a los licitadores, a fin de que pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho. No consta la presentación de alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP y el PPT en un contrato de suministros cuyo valor estimado (1.949.180,27 euros) es

superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, a tenor del artículo 48 de la LCSP. A su vez, la interesada ha presentado documento acreditativo de la representación con la que actúa.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP, considerada la fecha de la publicación del anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 7 de octubre de 2019.

3º.- En cuanto al fondo del asunto, la solución de la presente controversia exige determinar si las previsiones de los pliegos que se cuestionan en el recurso se ajustan al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo.

A) Se denuncia, en primer término, la infracción del artículo 156 de la LCSP, respecto del plazo de presentación de ofertas, que traspone lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

Este artículo prevé que "En procedimientos abiertos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a treinta y cinco días, para los contratos de obras, suministros y servicios, y a treinta días para las concesiones de obras y servicios, contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea".

El recurrente (que por error invoca el considerando 101 de la Directiva 2014/24/UE) alude al contenido previsto en el considerando 106 de ésta, que especifica lo siguiente: "Procede recordar que el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo (18) se aplica al cálculo de los plazos contemplados en la presente Directiva".

De conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 3.1 del Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de

1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos: "Si un plazo expresado en días, semanas, meses o años debe contarse a partir del momento en que sobrevenga un acontecimiento o se cumplimente un acto, el día durante el cual ocurra dicho acontecimiento o se cumplimente dicho acto no se computará en el plazo".

Sobre tal previsión contenida en el citado precepto, indica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, asunto C-171/2003 que "Esta disposición expresa el adagio latino *dies a quo non computatur in termino*, que constituye una norma jurídica reconocida por numerosos sistemas jurídicos de los Estados miembros"

Además de lo expuesto, y en línea con lo indicado en el párrafo anterior, conviene precisar la aplicación supletoria de la legislación en materia de procedimiento administrativo, prevista en la disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en su apartado primero, que dispone: "Los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias".

Sobre esta cuestión la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado examinó en su informe 2/2018, de 1 de marzo, indica que "(...) como ya ha señalado esta Junta de Contratación Administrativa en otras ocasiones y así ha sido reconocido en las decisiones del Tribunal Central de Recursos Contractuales respecto a diversos preceptos de la legislación en materia de procedimiento administrativo común, las disposiciones contenidas en la legislación de procedimiento administrativo (...) sólo resultan de aplicación cuando la normativa específica de contratos del sector público no se pronuncia sobre las actuaciones que se tienen que llevar a cabo en las diferentes fases de los procedimientos de licitación, y su aplicación no sea contraria al contenido y a los principios generales que inspiran la legislación de la contratación pública".

Conforme al apartado tercero del artículo 30 de la Ley 39/2015, "Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en

que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo”.

En el caso examinado es preciso estimar la pretensión formulada por la recurrente, puesto que el plazo previsto es de 29 días naturales y no de 30 días naturales, contados desde el día siguiente al de la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, que tuvo lugar el día 2 de octubre, por lo que el plazo debió finalizar el 1 de noviembre.

Procede, por tanto, estimar la pretensión de la recurrente y anular la licitación.

B) Respecto de la incorrecta configuración de los lotes, la recurrente afirma que “uno de los lotes (el segundo) o bien se encuentra indefectiblemente vinculado a otro (al primero, pues solo podría ser adjudicatario de aquél quien lo sea de éste), o bien no se ha cumplido con los requisitos de transparencia respecto del lote 2 (al no señalar cuales son los monitores en que se utilizaran los dializadores a suministrar).

Manifiesta que los dializadores son propios y específicos de cada monitor.

El informe del órgano de contratación indica, no obstante, que tal vinculación no es real.

En este sentido declara que “se trata de dializadores que se utilizarán en los equipos que resulten adjudicados en el procedimiento convocado, que obviamente se desconocen, ya que, a diferencia del resto de productos necesarios para realizar una sesión de hemodiálisis (set de líneas, bolsa/cartucho de bicarbonato, concentrado ácido, filtros/ultrafiltros y desinfectantes para monitor), los dializadores se pueden utilizar en cualquier monitor”.

Asimismo indica que “(...) el apartado 2 del PPT prevé un consumo estimado de 16.380 dializadores en el lote 1, pero, en el resto de productos

necesarios para realizar los tratamientos el consumo previsto es de 18.720 unidades, que es el número total de sesiones estimadas, respondiendo esa diferencia al material fungible necesario para llevar a cabo los tratamientos con los 2.340 dializadores previstos en el lote 2, cuyo uso exige la utilización de los nuevos equipos que se adjudiquen y el resto del material fungible, que en este caso si es propio o específico de cada tipo de monitor, razón por la cual están todos ellos incluidos en el lote 1, junto con los equipos”.

Recoge el citado informe que “en nuestro servicio de hemodiálisis todos los equipos son de las marcas (...) y en ellos se utilizan dializadores de otros fabricantes (...) recogiendo la memoria justificativa del contrato que éste responde a la necesidad de obtener los recursos materiales necesarios para atender a los pacientes con insuficiencia renal adscritos al área de salud del Bierzo, dentro de los parámetros de seguridad y calidad establecidos por Sacyl, al tiempo que se sustituirán los monitores de hemodiálisis actuales por otros informatizados más avanzados”.

Conviene tener presente que el órgano de contratación goza de discrecionalidad tanto para la determinación del objeto del contrato como para la decisión de división o no en lotes, siempre que se cumplan los términos previstos en el artículo 99 de la LCSP y esté correctamente justificado.

En el presente caso, al tratarse de una decisión eminentemente técnica, sin perjuicio de las argumentaciones contenidas en el recurso, atendido a la justificación contenida en el informe del órgano de contratación, no procede acoger la pretensión de la recurrente.

No obstante lo indicado, este Tribunal no puede sino recordar la necesidad de proceder con la mayor diligencia y transparencia.

C) Se alega en el recurso una vulneración del artículo 100 de la LCSP, como consecuencia de la falta de un desglose adecuado de los costes de las prestaciones en el presupuesto de licitación, respecto del lote número 1, que comprende no solamente el suministro de material fungible, sino también el arrendamiento y mantenimiento de 17 monitores y una aplicación informática.

Refiere que no se ha tenido en cuenta en la fijación del valor estimado del contrato el coste de la aplicación informática ni la prestación de formación, en los términos en los que estas prestaciones constan en el pliego de prescripciones técnicas, por lo que no se han tenido en cuenta para la fijación del valor estimado del contrato, de acuerdo con el artículo 101 de la LCSP.

El artículo 100.2 de la LCSP dispone que "En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia".

Por su parte, el artículo 101.2 de la LCSP prevé que "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. (...)".

El informe de costes que incluye el expediente de contratación, refleja lo siguiente: "De acuerdo con el artículo 100 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el presupuesto base de licitación se ha determinado teniendo en cuenta los precios de mercado actuales, desglosando los costes directos e indirectos que han servido para su cálculo según se detalla (...)” y en relación con el Lote nº 1, figura el siguiente cuadro:

Lote 1. Material para hemodialisis y hemodiafiltración en línea.

Costes directos	Importe
Mano de obra directa, materias primas y resto de insumas, mantenimiento y arrendamiento	650.529,28 €
Total costes directos	650.529,28 €
Costes indirectos	
Mano de obra indirecta, limpieza y gestión de residuos y gastos estructura	98.024,96 €
Beneficio industrial	142.581,76 €
IVA	125.877,36 €
Total coste indirectos	366.484,08 €
Coste total	1.017.013,36 €

Por otro lado, en la memoria justificativa se indica, en el primer párrafo del apartado dedicado a la determinación del precio, que "El precio se ha determinado por unidades para el material fungible y a tanto alzado para el arrendamiento y mantenimiento de los equipos, calculado de acuerdo a la prospección de mercado realizada tanto en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León como en otros servicios de salud, teniendo en cuenta también el tiempo de vigencia inicial de contrato, que al ser de 36 meses, permitirá al contratista una previsión de ventas a largo plazo".

En el informe del órgano de contratación se hace constar "Que el desglose de costes del presupuesto base de licitación no especifique el coste de la aplicación informática ni de la formación, no significa que el presupuesto de licitación esté por debajo del precio de mercado, ni impide al licitador realizar una oferta adecuada".

Asimismo indica que "El presupuesto de licitación para el lote 1, IVA excluido, es de 891.136,00 €. Si descontamos el importe correspondiente a los dializadores (556.920,00 €), resulta una cantidad de 334.316,00 €, que dividida entre el número de sesiones a realizar (18.720) da un precio unitario por sesión de 17,85 €, sin tener en cuenta el dializador. Si a este importe le sumamos el precio del dializador de este lote (34,00 €), resulta un importe por sesión, IVA excluido, de 51,85 €".

Además, realiza referencias comparativas a los efectos de acreditar que el precio fijado es superior al de otras adjudicaciones realizadas en otras Comunidades Autónomas.

Por todo ello, considera que el presupuesto base de licitación es adecuado a los precios de mercado, y que el PCAP contiene el desglose de los costes directos e indirectos y el método de valoración para el cálculo del valor estimado del contrato en los apartados 11.2 y 13 de su cuadro de características, respectivamente.

Conviene precisar, por otro lado, en relación con el desglose de los precios, que en los contratos de suministros no se puede predicar la existencia, a diferencia de otros contratos, de costes de salarios de las personas empleadas para su ejecución, y que los costes directos e indirectos no son fácilmente determinables.

El informe del órgano de contratación señala, en relación con el coste de la aplicación informática, que todos los contratos que se licitan con este objeto se ocupan del sistema informático debido a la implantación paulatina de la historia clínica electrónica y los requerimientos técnicos de integración de datos clínicos exigidos por los servicios de tecnologías de la información de los distintos servicios de salud en la adquisición o arrendamiento de equipos que contengan información clínica, lo que es posible ahora con los monitores de hemodiálisis informatizados, y del mismo modo, incluyen un apartado dedicado a la formación del personal usuario, para el uso correcto de los equipos, productos y software.

En el caso examinado es preciso además tener en cuenta que tanto el plan de formación como la aplicación informática, en los términos en los que aparecen configurados en los pliegos, constituyen prestaciones accesorias y lógicas dentro del contrato de suministros analizado y que el órgano de contratación, en los documentos a los que se ha hecho referencia anteriormente, ha tenido en cuenta a la hora de fijar el precio de un modo suficiente, sin que sea necesario efectuar un desglose específico de estos conceptos.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 938/2019, de 1 de agosto, con cita de otras de sus Resoluciones, "es posible que jurídicamente se admita un único precio para varias prestaciones del contrato sin vulnerar el actual artículo 102 de la LCSP", que "(...) si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello (...)". Expresa que es admisible que el precio se determine por precios unitarios a través de la prestación principal, precio en el que se incluyen las prestaciones complementarias o accesorias, indicando que "(...) al tratarse de un suministro la prestación principal, el precio se determina correctamente a través de esos precios unitarios que incluyen los costes de todas las prestaciones, con lo que se cumple lo determinado en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, dado que además se incluyen los costes indirectos y otros gastos eventuales, todo ello en el PCAP, que se completa en cuantos a exigencias técnicas en el PPT (...)".

De acuerdo con las consideraciones expuestas, procede desestimar la pretensión de anulación del PCAP por los motivos aducidos por la reclamante.

D) La recurrente alega la nulidad de los criterios de adjudicación relativos a las mejoras y plan de formación.

El apartado 16.1.1 del cuadro de características del PCAP establece en el lote número 1, como mejoras, que se valorará con "hasta 6 puntos", "el compromiso de aportación de un monitor de bioimpedancia para el análisis de la composición corporal (y sus características)".

Manifiesta que el pliego no concreta los requisitos que habrá de reunir el monitor comprometido para que sea valorado y tampoco concreta las características que se valorarán a la hora de la atribución de la puntuación correspondiente.

El artículo 145.7 de la LCSP establece que "En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

»En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

»Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

»Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación".

Esta previsión se completa con la del artículo 67.2.j) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), que exige además que el PCAP concrete los "requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas".

El artículo 146.3, sobre la aplicación de los criterios de adjudicación, dispone: "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”.

Los criterios de adjudicación tienen por finalidad determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora y su función es evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato. Los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, y deben respetar los principios de la normativa europea.

Los principios de igualdad de trato y de transparencia limitan la discrecionalidad de la Administración en este aspecto, porque debe permitirse a los licitadores elaborar y presentar sus proposiciones conociendo cuáles van a ser los criterios concretos que va a utilizar el órgano de contratación para puntuarlas, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

El informe del órgano de contratación se limita a indicar que “no se han fijado las características mínimas pues al significar una prestación no contemplada en el PPT, cualquier equipo será aceptado, si bien, el informe de evaluación comparará las características de cada monitor ofertado y asignará las valoraciones mediante informe argumentado”.

Este Tribunal, sin perjuicio de poner de relieve que el pliego prevé que se valorará “el compromiso de aportación”, en aplicación de la doctrina anteriormente citada, considera que los pliegos adolecen de la concreción exigible, al no especificar los requisitos, límites y circunstancias que serán objeto de valoración, respecto del monitor de bioimpedancia, sin que se pueda conocer de un modo adecuado la ponderación de las características o el modo en que se van a distribuir los puntos asignados, por lo que los licitadores no pueden conocer de antemano cómo van a valorarse.

A la vista de lo expuesto ha de concluirse que la indeterminación de los pliegos, en cuanto a la falta de concreción de la ponderación de los aspectos incluidos en la valoración de las mejoras como criterio de adjudicación sometido a juicio de valor -contenido en el apartado 16.1.1 del cuadro de características del PCAP-, supone una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia -principios rectores de la contratación pública por mandato del artículo 1 de la LCSP-, por lo que procede apreciar la nulidad de este criterio de adjudicación.

La estimación del recurso por el motivo señalado determina, sin perjuicio del examen del resto de pretensiones de la recurrente, la declaración de nulidad del PCAP y del procedimiento de adjudicación.

En el recurso también se pone de relieve que en los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, en el apartado 16.1.1 del cuadro de características del pliego, en los lotes 1 y 3, se prevé la inclusión de un criterio que en realidad constituye una mejora y cita, en apoyo de sus argumentaciones la Resolución 121/2018, de 27 de diciembre, de este Tribunal. El recurrente considera que no se concretan en este criterio los requisitos ni límites que han de reunir las prestaciones de formación adicionales para que sean valoradas como mejoras, sin concretar las características de la formación que serán objeto de valoración, ni concretarse el modo de ponderación de éstas.

Se prevé como criterio de adjudicación en el lote 1 lo siguiente: "Plan de formación: Se valorará la propuesta de formación adicional a la establecida en el PPT orientada a incrementar las habilidades en el manejo de productos equipos y técnicas durante la vigencia del contrato", con hasta 3 puntos.

En relación con el lote 3 se dispone "Plan de formación: Se valorará la propuesta de formación adicional a la establecida en el PPT orientada a incrementar las habilidades en el manejo del producto y sus aplicaciones técnicas durante la vigencia del contrato", con hasta 3 puntos.

El criterio de adjudicación previsto para los lotes 1 y 3 ha suscitado dudas, tal y como se refleja en la respuesta a la consulta que consta

publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, tanto respecto de lo que se pueda entender como formación mínima para cada lote, como los aspectos concretos que pudieran ser objeto de valoración, la respuesta simplemente se remite a la redacción del apartado 11 del PPT, en cuanto dispone que "Como mínimo, personal especializado de la empresa adjudicataria acompañará al personal cubriendo todos los turnos de trabajo durante la primera semana de la puesta en marcha de los nuevos monitores y las aplicaciones", y se indica que "La formación adicional puede referirse a incrementar el periodo mínimo de la puesta en marcha de una semana, repetición de acciones formativas posteriores a la fase inicial del contrato para personal de nueva incorporación, formación sobre nuevas versiones de las aplicaciones, nuevas técnicas o innovaciones en el campo de la hemodiálisis".

El informe del órgano de contratación, después de aludir a la respuesta a la consulta que sobre el plan de formación se ha realizado, pone de manifiesto que "no se puede pretender el detalle exhaustivo de todos los criterios de adjudicación, pues son posibles muchas propuestas de las empresas (...) alguna de las cuales no se le hubieran ocurrido a este órgano de contratación y, por el contrario, una concreción excesiva impediría valorar buenas propuestas no descritas en el criterio".

Este Tribunal estima que la formación del personal podría figurar como un criterio de valoración dependiente de un juicio de valor. No obstante, en el caso examinado tal criterio supone una mejora, pues se está valorando, como expresamente indica, "la propuesta de formación adicional", careciendo además, el criterio controvertido, en el supuesto examinado, de la necesaria concreción.

Este Tribunal considera que esta alegación del recurrente también debe estimarse, y que resultan de aplicación a este supuesto los razonamientos que se esgrimían en la Resolución 121/2018, de 27 de diciembre, de este Tribunal, en la que se exponía: "De conformidad con el considerando 92 de la Directiva 2014/24, `Los criterios de adjudicación elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada (...) ´, necesitando un grado de concreción suficiente de tal manera que permita a los licitadores conocer de un modo debido qué factores se

tomarán en consideración a la hora de valorar su oferta, y con arreglo a qué criterios se ponderarán.

»En el caso examinado, se considera, dada la generalidad de los términos en que está redactado el citado párrafo, que su aplicación puede dar lugar a arbitrariedades, dada la insuficiente concreción del criterio de valoración examinado, al no quedar salvaguardada la necesaria igualdad y el trato no discriminatorio de las ofertas que puedan presentarse, por lo que se estima en este punto el recurso.

» Conviene precisar, además, que tal criterio supone en puridad una mejora. A este respecto, el penúltimo párrafo del artículo 145.7 de la LCSP define las mejoras como "las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato".

E) Se alega que en la presente licitación no se justifica la elección de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, ni del criterio de adjudicación evaluable mediante fórmulas, distinto del precio, en el lote número 1.

Tan sólo respecto del criterio relativo a mejoras se contempla una justificación concreta, sin que sean suficiente justificación menciones genéricas relativas a que están "relacionados con el objeto del contrato", o que "se da relevancia a los relacionados con la calidad".

La LCSP en el artículo 116.4, apartado c, establece la obligación de que en el expediente se justifique adecuadamente los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

En el supuesto objeto de examen, la memoria justificativa dispone lo siguiente: "Con el objeto de identificar la oferta de mejor relación calidad precio, se han seleccionado los criterios de adjudicación con la ponderación que a continuación se detalla, todos ellos relacionados con el objeto del contrato, en los que se da relevancia a los relacionados con la calidad (entre el 40% y el 52%), al tratarse de productos sanitarios que van a ser utilizados

en personas y teniendo en cuenta todos los elementos que integran el suministro.

»Se ha previsto un apartado de mejoras en el lote uno para distinguir aquellas ofertas que añadan valor mediante la aportación durante la vigencia del contrato de un impedanciómetro, equipo que, al medir la masa corporal, permitirá conocer con exactitud el estado nutricional de los pacientes para ajustar su tratamiento dialítico.

»La fórmula para valorar el precio tiene carácter proporcional, otorga la máxima puntuación a la oferta de menor precio, no puntúa las ofertas que van al tipo de licitación, no distorsiona la competencia ni favorece a un concreto licitador”.

A continuación detalla los criterios de adjudicación.

En cualquier caso, de conformidad con lo indicado en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1231/2019, de 4 de noviembre (con cita de la Resolución 611/2019, de 6 de junio de 2019), “(...) la memoria justificativa es un acto que forma parte de la fase preparatoria y del expediente de contratación pero no así del procedimiento de adjudicación, y que no tiene encaje en el art. 44.2 de la LCSP al enumerar los actos susceptibles del recurso especial en materia de contratación que indica en su letra a), alguno de los actos preparatorios recurribles, por lo que tampoco es susceptible de ser impugnada a través de este recurso especial”.

En la memoria justificativa aparece una relación de los criterios de adjudicación elegidos, con una muy somera explicación. Sin perjuicio de que pudieran estar materialmente justificados los criterios elegidos, este Tribunal recuerda el deber formal de motivación, circunstancia que el órgano de contratación deberá tener en cuenta en el expediente que se tramite.

La recurrente considera que los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor carecen de las pautas necesarias para su valoración.

El artículo 145.5 de la LCSP precisa los requisitos formales y materiales a los que se somete la determinación de los criterios de

adjudicación: “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 ilimitada.

»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”.

Es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de dichos factores. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (doctrina recogida, entre otras, en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 284/2011, de 23 de noviembre, y 301/2011, de 7 de diciembre, y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 10/2012, de 3 de febrero, así como en las Resoluciones este Tribunal 8/2017, de 9 de febrero, y 20/2017, de 2 de marzo).

El criterio de adjudicación relativo a las características de la membrana, previsto para el lote 1 y 2 en el apartado 16.1.1 del cuadro de características, dispone lo siguiente:

“Características de la membrana: Se valorará su composición y la disponibilidad de membranas de sustitución de otra composición, con características técnicas similares, para tratar pacientes con situaciones especiales o intolerancia”, con hasta 14 puntos en el lote 1 y hasta 40 puntos en el lote 2.

Considera la entidad recurrente que se valoran dos cosas: por un lado la composición de la membrana y, por otro lado, la disponibilidad de su sustitución por otra composición con características técnicas similares, para tratar pacientes con situaciones especiales o intolerancia; pero ni el pliego ni ningún otro documento facilita información acerca de cuál es la composición que se considera mejor y permite obtener más puntuación. No existe información acerca de lo que se valora en concreto, ni tampoco se facilita información sobre cuáles son las situaciones especiales o intolerancias cuya cobertura por membranas de otra composición se va a valorar, lo que sería una suerte de variantes, o sus características, ni tampoco los criterios de valoración, ni los elementos que se tomarán en consideración.

Este Tribunal considera que tal criterio adolece de la necesaria concreción, de tal manera que no permite a los potenciales licitadores conocer de un modo debido qué factores se tomarán en consideración a la hora de valorar su oferta, por lo que se estima la pretensión de la recurrente en este punto.

En este sentido se ponen de relieve las dudas que genera tal criterio de adjudicación por parte de una empresa, entidad distinta de la recurrente, en la pregunta que formula, y que aparece publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, cuyo contenido se transcribe:

“El punto 7 del PCAP establece la prohibición de presentar variantes. No obstante, hemos detectado una serie de especificaciones en el resto de los pliegos del expediente que nos producen una serie de dudas:

»En cuanto a las membranas, en los criterios de valoración subjetivos se establece que se valorara la composición de la membrana `y la disponibilidad de membranas de sustitución de otra composición´. Podrían indicarnos los parámetros a seguir para la valoración de este criterio, y, en concreto, qué composiciones van a primar sobre las demás, qué parámetros médicos se van a seguir para determinar cuáles de las membranas son mejores y, por último, qué se quiere reflejar con el término `disponibilidad´. En relación con esto último, es necesario entender que hace referencia al hecho de tener un mayor número de membranas; de ser así, ¿a qué cantidad nos estaríamos refiriendo?´´.

A continuación debe analizarse el resto de los criterios de adjudicación controvertidos, respecto de los cuales las argumentaciones de la recurrente tienen un carácter más genérico.

Respecto al criterio de adjudicación previsto para el lote número 1 en el apartado 16. 1.1 del cuadro de características del PCAP, relativo a las prestaciones de los monitores, con hasta 14 puntos, se contempla lo siguiente:

“Prestaciones de los monitores:

- Seguridad: Se valorarán los elementos de seguridad que incorporen, tanto para el personal sanitario como para los pacientes (Hasta 7 puntos).
- Ergonomía: Se valorará el diseño, manejabilidad, facilidad de uso, tamaño, peso y nivel sonoro (hasta 4 puntos).
- Conectividad y software: Se valorará el tipo de conectividad (red cableada, wifi...) y las características funcionales del software (datos recogidos automáticamente y capacidades de exportación para análisis y estadísticas) (hasta 3 puntos)´´.

Respecto de la aplicación informática de gestión de la unidad, para el lote número 1 se prevé una valoración de hasta 12 puntos de la siguiente manera:

“3. Aplicación informática de gestión de la Unidad: Se valorará la facilidad de uso de la aplicación, los parámetros de control y trazabilidad de las sesiones, los cálculos de indicadores, elaboración de informes y listados y la visualización de tablas y gráficos de evolución”.

Por último, el criterio de adjudicación, para el lote número 3 contempla, respecto de la punción, seguridad y ergonomía, lo siguiente:

“1.- Punción: Se valorarán las características técnicas de la aguja relacionadas con la punción de la fístula AV: facilidad en la inserción, afilado del bisel y que sea atraumática”, con hasta 26 puntos.

“2.- Seguridad: Se valorará que el sistema de seguridad sea intuitivo, fácil y sencillo de activar”, con hasta 10 puntos.

“3.- Ergonomía: Se valorará el diseño y la manejabilidad tanto de la aguja como de sus sistema de seguridad”, con hasta 10 puntos.

Es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas las Resoluciones 9/2013, de 7 de marzo, y 24/2014, de 10 de marzo) que los criterios de valoración enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación y, por lo tanto, elementos orientadores para la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en lo referente al órgano de contratación).

Igualmente, como en el caso de las prescripciones técnicas, el órgano de contratación tiene la competencia para establecer los criterios de valoración.

Como ya se ha indicado reiteradamente por este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación no está dirigido a conseguir una revisión

general y abstracta del acto impugnado, sino que el recurrente debe concretar y argumentar la existencia de vulneraciones concretas del ordenamiento jurídico, sin que sea admisible que se realice un examen por este Tribunal de todas y cada una de las afirmaciones genéricas que simplemente se puedan indicar.

Este Tribunal considera, respecto de estos últimos criterios de adjudicación, que si bien pueden revestir una mayor concreción, cuestión que deberá ser tomada en consideración por el órgano de contratación, aparecen relacionados con el objeto del contrato, y no se acredita por la recurrente que resulten discriminatorios o permitan un margen de apreciación no justificado o, en definitiva, que se incumplan los requisitos que impone el artículo 145.5 de la LCSP.

Finalmente este Tribunal, en atención a todo lo expuesto, no puede sino recordar al órgano de contratación que en la elaboración de los nuevos pliegos tenga en cuenta, tal y como señala el considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que “La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa (...)”.

F) Se alega que los pliegos no fijan los parámetros para identificar los casos en que una oferta se considere anormal o desproporcionada, por lo que se infringe el artículo 149 de la LCSP.

El artículo 149.2 de la LCSP que se dice infringido establece lo siguiente: “La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

»La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a

los siguientes criterios: (...) b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.

En el informe del órgano de contratación se viene a indicar que tal determinación es potestativa.

Esta cuestión ya ha sido objeto de consideración por este Tribunal recientemente en la Resolución 173/2019, de 21 de noviembre, en la que se consideraba que, de conformidad con la redacción del artículo 149.2 de la LCSP, la inclusión de éstos parámetros en los pliegos resulta obligatoria en los supuestos que determina, con cita de la doctrina que a continuación se reproduce.

En el Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, se concluye sobre tal cuestión, que “De acuerdo con el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es obligatorio que los pliegos de los contratos recojan los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”. Argumenta el Informe que “(...) hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la interpretación comúnmente aceptada era que en los procedimientos en que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación su inclusión en los pliegos resultaba potestativa, no siendo posible la declaración del carácter anormal o desproporcionado de la oferta en el caso de que tales parámetros no figurasen en los pliegos. Cabe citar a este respecto el informe de esta Junta Consultiva de 31 de marzo de 2009 (expediente 58/08). Esta conclusión se deducía del tenor de los artículos 86.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del 136.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que utilizaban la expresión ‘podrán expresarse’ para aludir a la inclusión de los criterios objetivos de temeridad.

»Sin embargo, de la redacción del tenor literal del artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se deduce que la inclusión de estos parámetros en los pliegos resulta ahora

obligatoria en todos los supuestos que regula. También a diferencia del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que remite al desarrollo reglamentario la determinación de los parámetros objetivos cuando el único criterio valorable sea el precio, y que deja a la voluntad del órgano de contratación la posibilidad de expresar en los pliegos estos parámetros objetivos cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, la expresión literal utilizada por el artículo 149.2 de la LCSP -"debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal"- conduce inexorablemente a concluir que, por expresa imposición del legislador, se trata de un contenido obligatorio que se debe introducir en los pliegos en todo caso. (...).

»En apoyo de esta interpretación cabe citar la Resolución nº 1.187/2018, de 28 de diciembre de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo fundamento jurídico sexto señala expresamente lo siguiente: `Sin embargo, la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.

»Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente y, en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente`".

En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede estimar el recurso interpuesto por este motivo, por lo que en los nuevos pliegos deberán determinarse los parámetros de apreciación de la anormalidad de las ofertas conforme a Derecho.

G) Por último se alega la existencia de un error en la indicación del tipo de IVA aplicable a los sets de líneas (set de líneas para HDF en línea y

set de líneas para HD) con un tipo del 21% en el apartado 12 del cuadro de características del PCAP.

De conformidad con la Resolución vinculante V0596-17, de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 8 de marzo de 2017, , se verifica que los productos tributarán por el Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo reducido del 10%.

El error en el tipo de IVA aplicable ya aparecía reconocido por el propio órgano de contratación en la respuesta a las consultas publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Por lo tanto, en los nuevos pliegos que se redacten deberá consignarse dicho tipo impositivo.

De conformidad con el artículo 51.2 de la LCSP, "En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación".

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin) frente al anuncio de licitación y los pliegos rectores de la contratación del suministro de material fungible necesario para la realización de tratamientos de hemodiálisis, más el arrendamiento y mantenimiento del equipo necesario, con destino al Hospital El Bierzo, expediente 3401-341-1-2019-2020009106.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

CUARTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).