

Recurso 108/2018**Resolución 135/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 10 de mayo de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID)** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, el cuadro resumen y documentación anexa que rigen el contrato denominado “Suministro de medicamentos para fluidoterapia con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud en la provincia de Málaga y la APES Costa del Sol”, promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000109/2018), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 7 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio fue publicado, el 15 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado número 65 y el 6 de marzo de 2018, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 4.793.509,97 euros.

SEGUNDO. El 27 de marzo de 2018, FARMAFLUID presentó en una oficina de Correos de Barcelona escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y documentación anexa que rigen el contrato de suministro indicado en el encabezamiento, remitiendo el mismo día a este Tribunal, mediante correo electrónico, copia del recurso presentado.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 28 de marzo de 2018, se remitió el recurso al órgano de contratación, reclamándole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Mediante oficio de 4 de abril de 2018, se remite a este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación, a excepción del listado de licitadores que se recibió el 13 de abril de 2018, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas.

CUARTO. El 11 de abril de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. Mediante escritos de 13 de abril de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones sin que se haya recibido ninguna en el plazo otorgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector



Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra los pliegos y documentación anexa de la contratación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que *“Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”*, y el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.



Sobre la legitimación activa de las Asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 1 de los Estatutos de la Asociación recurrente establece que dicha Asociación es una organización profesional que desarrolla la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de las empresas que voluntariamente se integren en ella. Asimismo, el artículo 7 dispone que uno de los fines de la Asociación es representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los campos económico, profesional, social, tecnológico y comercial frente a personas físicas o jurídicas y a las Administraciones Públicas.

En este sentido, FARMAFLUID impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

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



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

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

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 15 de marzo de 2018, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. Por tanto, habiéndose presentado el recurso especial el 27 de marzo de 2018 en una oficina de correos y remitiéndose el mismo día copia en formato electrónico del recurso a este Tribunal, este se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, procede abordar el estudio de sus motivos. FARMAFLUID solicita de este Tribunal que declare la nulidad de los pliegos que rigen el contrato.



La recurrente combate en su escrito de recurso el criterio de adjudicación nº 2 descrito en el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), consistente en “*Mejoras relacionadas con la gestión logística interna y manejo del medicamento (robotización, almacenamiento, sistemas de dispensación automatiza): % volumen total compra*”, que es de evaluación automática y está ponderado con un máximo de 10 puntos, según la siguiente regla:

- ≤ 5% 1 punto.
- >5% y ≤ 10% 5 puntos.
- >10% y ≤ 15% 10 puntos.

Asimismo, en un anexo al cuadro resumen del PCAP se indican las siguientes mejoras relacionadas con la gestión logística interna y manejo de los medicamentos:

- Implantación de proyecto de gestión logística interna de productos farmacéuticos.
- Armario automatizado de dispensación de medicamentos.
- Armario rotatorio automatizado vertical para almacenamiento de medicamentos.
- Armario rotatorio automatizado horizontal para almacenamiento de medicamentos.
- Adecuación de salas limpias para manipulación de medicamentos.
- Implantación de sistemas logísticos de distribución.

Pues bien, FARMAFLUID solicita la nulidad de este criterio de adjudicación y funda su impugnación en dos motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En un primer alegato, denuncia la ilegalidad de algunas de las mejoras antes señaladas; en concreto, del armario automatizado de dispensación de medicamentos, de los armarios rotatorios automatizados vertical y horizontal para almacenamiento de medicamentos y de la adecuación de salas limpias para manipulación de medicamentos.

Considera que tales mejoras vulneran lo dispuesto en el artículo 150.1 del TRLCSP, al no estar vinculadas directamente con el objeto del contrato que es el suministro de



medicamentos para fluidoterapia, y ello con base en los siguientes argumentos:

1. No se verá alterada la calidad y eficacia de los medicamentos por el hecho de que los centros sanitarios dispongan o no de los armarios mencionados o el adjudicatario adecue una sala limpia.

2. Los armarios de dispensación o almacenamiento al igual que las salas limpias de manejo de medicamentos pueden tener relación con los medicamentos, pero no son equipamientos o prestaciones complementarias que mejoren la calidad de los productos. Los armarios son bienes no consumibles que ninguna ventaja cualitativa aportan a los bienes adquiridos mediante el contrato, ni inciden en una mejor ejecución de la prestación consistente en la entrega de medicamentos. Asimismo, la adecuación de salas limpias tampoco contribuye a mejorar la calidad del suministro.

3. Las reiteradas mejoras no constituyen un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento de los medicamentos de fluidoterapia. La correcta administración de los mismos no exige que los centros sanitarios dispongan de los armarios ni que la adjudicataria adecue salas limpias de manejo de medicamentos, lo que además correspondería en cualquier caso al personal del hospital, dándose también la circunstancia de que el equipamiento solicitado en los pliegos es de uso general y sirve para almacenar cualquier tipo de medicamentos distintos a los que son objeto del contrato.

4. Se impone al adjudicatario una prestación o la entrega/cesión de un equipamiento que nada tiene que ver con la fabricación de medicamentos para fluidoterapia y que puede ser adquirido a terceros productores. Ello, a su juicio, conculca el principio de igualdad, pues posiblemente los empresarios que concurren al suministro de medicamentos no dispongan de armarios de dispensación y/o de almacenamiento, lo cual dificulta la adjudicación del contrato dada la alta ponderación del criterio y en cualquier caso, para ofrecer esta mejora sin coste a la Administración, se impone una



carga injustificada al licitador que no guarda relación con el objeto del contrato.

En fundamento de su alegato, la recurrente menciona resoluciones de varios Tribunales de recursos contractuales, incluido este Tribunal del que cita las Resoluciones 133/2014, de 4 de junio, y 240/2015, de 29 de junio.

Por su parte, en el informe al recurso, el órgano de contratación se opone al motivo expuesto con los argumentos que, en síntesis, se exponen a continuación:

1. El criterio impugnado está ligado directamente al objeto del contrato. En tal sentido, la obligación de entrega del suministro incluye una vertiente logística y cita en tal sentido, la Resolución 273/2017, de 22 de diciembre.

Los bienes objeto de licitación precisan, dada la cuantía de su consumo, de una infraestructura logística (espacio) muy considerable, de ahí que la Administración intente implementar una gestión logística que permita optimizar el espacio para productos farmacéuticos.

2. FARMAFLUID desnaturaliza el contenido de la mejora pues exige que la misma esté directamente relacionada con el producto farmacéutico en sí y no con el concepto más amplio de actividad asistencial y proceso fármaco-terapéutico.

Concluye, pues, el órgano de contratación que las mejoras relacionadas con la gestión logística y el manejo del medicamento están directamente relacionadas con el suministro. En tal sentido, señala que en los Servicios de Farmacia se desarrolla una intensa actividad logística que ha conllevado la necesidad de modernizar los recursos tecnológicos y el rediseño de los procesos logísticos bajo la perspectiva de la eficiencia y la seguridad.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar si, en efecto, las



mejoras impugnadas vulneran el artículo 150.1 del TRLCSP, al no hallarse vinculadas directamente al objeto del contrato.

Al respecto, el artículo 150.1 del TRLCSP dispone que *«Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes»*.

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

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



contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

Asimismo, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión aquí suscitada en resoluciones anteriores. Así, en la Resolución 240/2015, de 29 de junio, señalábamos que *“No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido”*.

La doctrina anterior es la que sostienen, igualmente, otros Órganos de recursos contractuales. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales ha sostenido en la Resolución 130/2011, de 27 de abril, que los criterios de adjudicación mencionados en el TRLCSP presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación, y en la Resolución 600/2016, de 22 de julio, ha afirmado que *“el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación*



debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas”.

Sobre la base de las premisas expuestas, debe analizarse ahora si las mejoras impugnadas por FARMAFLUID (entrega de un armario automatizado de dispensación de medicamentos, de un armario rotatorio automatizado vertical y otro horizontal para almacenamiento de medicamentos, así como la adecuación de salas limpias para manipulación de medicamentos) se encuentran vinculadas al objeto del contrato que es el suministro de medicamentos para fluidoterapia con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud en Málaga y la APES Costa del Sol.

El órgano de contratación sostiene que la recurrente desnaturaliza el contenido de la mejora al exigir que la misma esté directamente relacionada con el producto farmacéutico en sí y no con el concepto más amplio de actividad asistencial y proceso fármaco-terapéutico. Pero este argumento del órgano de contratación no es válido pues confunde la prestación propia del contrato de suministro -que comprende, aparte del medicamento en sí, toda la actividad dirigida a su entrega- con el proceso asistencial al que atienden los productos adquiridos que es una actuación posterior y exclusiva del personal sanitario, sin vinculación directa a la prestación contractual.

Así pues, el objeto del contrato aquí analizado no es la dispensación del medicamento al paciente o su correcto almacenamiento, ni la adecuación de salas limpias para su manipulación -que es para lo que realmente sirven las mejoras en litigio-, sino la efectiva entrega de los medicamentos licitados a la Administración sanitaria por parte del contratista.

Por ello, aun cuando aquellas mejoras supongan ventajas incuestionables en el proceso de almacenamiento, manipulación y dispensación de los medicamentos, su utilidad no se extiende al proceso de entrega de dichos bienes por parte del contratista. Desde esta perspectiva, no aportan ninguna ventaja directa a los medicamentos concretos que se adquieren, es decir, no mejoran su calidad o



cualidades intrínsecas; tampoco favorecen la ejecución del contrato de suministro en cuanto a plazo o condiciones de entrega y ni siquiera se tratan de elementos accesorios que potencien las cualidades o propiedades de los medicamentos adquiridos. Es más, las citadas mejoras ni siquiera se circunscriben al proceso de dispensación y almacenamiento de los concretos medicamentos objeto del contrato, pues cabe presumir que las ventajas que reportan son predicables respecto de cualesquiera otros medicamentos distintos a los que se licitan.

Es por ello que no cabe sostener la vinculación directa al objeto del contrato de las mejoras analizadas. Asimismo, hemos de indicar que esta cuestión no cambia en la nueva Ley 9/2017, de 8 de octubre, cuyo artículo 145 regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato. El nuevo precepto legal sigue previendo la vinculación de los criterios al objeto del contrato hasta el punto de que su apartado 6 dispone que *“Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.*

Por ello, como ya señalábamos en la reciente Resolución 112/2018, de 25 de abril, *«Queda claro, pues, a la luz de ambos textos legales -TRLCSLP y Ley 9/2017, de 8 de octubre-, que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundará en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la*



prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos».

Por lo demás, el criterio que se acaba de exponer coincide con el del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que, ante un supuesto muy similar al aquí analizado, señalaba en la Resolución 173/2016, de 14 de septiembre, lo siguiente: *«(...) el objeto del contrato se circunscribe exclusivamente al suministro de medicamentos anti-infecciosos, con lo cual, no puede entenderse la vinculación de los tres sistemas de dispensación de medicamentos con la calidad o características de los medicamentos suministrados.*

Tampoco se trata de un equipamiento complementario de la prestación en el sentido de que aporte alguna ventaja a los productos que se están adquiriendo porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, condiciones de entrega, etc., o se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido. Se trata, tal como justifica el propio PPT y el informe del órgano de contratación al recurso, de un contrato de suministro que pretende la actualización del Servicio de Farmacia, pero que es susceptible de contratación independiente con un suministrador cuyo objeto social sea precisamente el coincidente con el del objeto del contrato (...).

La obligación de financiar los tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos incluida en la cláusula 4.2. del PPT es una pretensión ajena al contrato y que supone la financiación de actividades administrativas ajenas al contrato de suministro de medicamentos anti-infecciosos, sin que se pueda sostener que el aumento de la eficiencia del sistema de gestión logística de medicamentos y la consecuente obtención de la máxima seguridad en el tratamiento el paciente sean motivos suficientes que justifiquen la vinculación de estos equipamientos con el objeto del contrato o impida su contratación independiente (...).».



Lo expuesto, nos lleva a concluir que la pretendida vinculación directa que defiende el órgano de contratación entre las mejoras impugnadas y el suministro de medicamentos para fluidoterapia no existe en términos legales, habiéndose vulnerado lo dispuesto en el artículo 150.1 del TRLCSP. Procede, pues, estimar este primer alegato de la recurrente.

SEXTO. En otro motivo del recurso, FARMFLUID esgrime, respecto al mismo criterio de adjudicación, que la fórmula utilizada no es comprensible para el licitador medio y no permite entender cómo se valorará el criterio.

Señala que, a partir de la fórmula descrita en el PCAP, no es posible saber cómo se va a calcular el % del volumen total de compra, ni qué valor se asignará a la entrega/cesión de un armario automatizado de dispensación: ¿se atenderá al precio del armario o a su utilidad?, ni cómo se valorará la implantación del proyecto de gestión logística interna o la adecuación de salas limpias para manipulación de medicamentos. A su juicio, la fórmula requiere juicios de valor para su aplicación, sin que el licitador tenga forma alguna de predecir cuál será la puntuación que obtendrá en virtud de la mejora que ofrezca. Todo ello determina que el criterio impugnado sea nulo de pleno derecho.

En el informe al recurso, el órgano de contratación alega lo siguiente:

1. El carácter automático del criterio despeja cualquier duda de que su aplicación esté afectada por juicios de discrecionalidad técnica.
2. El peso del criterio no es disparatado, ni determinante de una potencial adjudicación.
3. El porcentaje ofrecido a la Administración se encuentra igualmente limitado, pues no se valorará el porcentaje que supere el 15% del volumen total de compra.



4. El carácter automático del criterio permite conocer, a priori, la puntuación que se otorgará a las ofertas toda vez que la valoración se realiza sobre el porcentaje ofrecido. Por tanto, la puntuación a obtener no dependerá del porcentaje ofertado por los demás licitadores.

5. El criterio respeta el principio de igualdad de trato puesto que todos los licitadores pueden aplicarlo a la hora de presentar sus ofertas, ya que lo que se valora es la aportación de un porcentaje para la realización de las mejoras relacionadas con la gestión logística interna y no la entrega de bienes muebles, que sí podría resultar lesiva para aquellos licitadores que no tienen capacidad técnica para el ofrecimiento de la mejora.

Pues bien, expuestos los alegatos de las partes y con carácter previo, procede señalar que la estimación del motivo del recurso analizado en el anterior fundamento de derecho haría innecesario el examen de este segundo, en la medida que este versa sobre el mismo criterio de adjudicación. No obstante, se procede a su examen por respeto al principio de congruencia y a fin de fijar el criterio del Tribunal sobre el extremo controvertido, lo que puede resultar de utilidad en orden a futuras licitaciones.

La recurrente insiste en que la fórmula aplicable al criterio no es comprensible a un licitador medio, ni permite entender cómo se valorarán las ofertas. A su juicio, la fórmula requiere juicios de valor para su aplicación, sin que el licitador tenga forma alguna de predecir cuál será la puntuación que obtendrá en virtud de la mejora que ofrezca. En cambio, el órgano de contratación sostiene que el carácter automático del criterio permite conocer, a priori, la puntuación que se otorgará a las ofertas, toda vez que la valoración se realiza, no sobre bienes o prestaciones concretas, sino sobre la aportación de un porcentaje del volumen de compra para la realización de las mejoras descritas en el criterio.



Al respecto, se observa que el criterio de adjudicación se pondera con un máximo de 10 puntos, según la siguiente fórmula:

≤ 5%	1 punto.
>5% y ≤ 10%	5 puntos.
>10% y ≤ 15%	10 puntos.

A la vista de tal fórmula y de la redacción del criterio “*Mejoras relacionadas con la gestión logística interna y manejo del medicamentos (robotización, almacenamiento, sistemas de dispensación automatiza): % volumen total compra*”, ha de darse la razón a la recurrente cuando esgrime que dicha redacción no permite entender cómo se valorará el criterio. Es más, no queda claro si la valoración recaerá sobre alguna de las concretas mejoras descritas en el cuadro resumen del PCAP o sobre la aportación de un porcentaje del volumen total de compra, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso.

Es por ello que cualquier licitador, tras la lectura del criterio de adjudicación, no puede saber con seguridad qué es lo que debe ofertar para obtener puntuación. Es más, si lo que, en realidad, quiere valorar el órgano de contratación es la aportación de un porcentaje sobre el volumen total de compra, tampoco queda claro qué deba entenderse por “volumen total de compra” y lo que es peor, la aportación económica carecería de todo sustento legal.

Como ya señaló el informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, haciendo mención a un informe anterior de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95) «*No resultan necesarias extensas consideraciones para afirmar que las llamadas "prima de adjudicación" y "aportaciones voluntarias en metálico" constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos, si, como se afirma en el escrito de consulta, la mayor prima de adjudicación y la mayor aportación voluntaria se convierten en elementos determinantes a la hora de seleccionar las ofertas y se establece un mínimo para la llamada aportación voluntaria.*»



Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación sin que puedan ser alteradas por primas o aportaciones a satisfacer por el adjudicatario, lo que en realidad puede lindar con actividades delictivas y, en todo caso, suponen una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos inherentes a la contratación que en todo momento deben ser aplicados con estricta rigurosidad por las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, conviene señalar que tampoco podría admitirse las fórmulas propuestas como medio de financiación de las Entidades Locales, ya que deben considerarse irregulares, teniendo en cuenta lo dispuesto en las disposiciones reguladoras de dicha financiación».

En el supuesto analizado, si lo que se pretende valorar por la Administración en el criterio de adjudicación nº2 no es la mejora en sí sino la aportación económica dirigida a su realización, resulta claro que tal opción no es admisible pues, a través de la misma, la Administración estaría financiando, sin el debido control presupuestario ni financiero, la adquisición de otros bienes o prestaciones que ni siquiera tienen vinculación directa con el objeto del contrato, como ya se ha analizado en el fundamento anterior.

Procede, pues, la estimación del alegato analizado y con ella, la del recurso interpuesto. En consecuencia, se anula el criterio impugnado y los pliegos de esta licitación, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su aprobación, debiendo en su caso convocarse otra licitación, previa aprobación de nuevos pliegos.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID)** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, el cuadro resumen y documentación anexa que rigen el contrato denominado “Suministro de medicamentos para fluidoterapia con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud en la provincia de Málaga y la APES Costa del Sol”, promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000109/2018), y en consecuencia, anular el criterio de adjudicación nº2 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo procederse en los términos señalados en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en Resolución de 11 de abril de 2018.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

