RE 108/2020

Acuerdo 108/2020, de 21 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "ORTHOCLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.", frente a los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Suministro de material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas de bioquímica y suministro en régimen de alquiler sin opción de compra sujeto a disponibilidad funcional de los equipos necesarios para la realización de las mismas, para el hospital "Obispo Polanco" de Teruel», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario de Teruel del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de octubre de 2020 tuvo lugar, en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón, la publicación del anuncio de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio se publicó el día 12 de octubre en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y el día 16 de octubre siguiente se envió para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea.

Se trata de un contrato de suministros licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 7 237 872,52 euros. El contrato se divide en siete lotes.

En los citados anuncios se indicaba que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el día 16 de noviembre de 2020.

Posteriormente, se han publicado correcciones de errores los días 30 de octubre y 3, 9 y 12 de noviembre. Dichas correcciones han supuesto

modificaciones en los Pliegos que rigen el contrato, así como la ampliación del plazo de presentación de ofertas hasta el día 4 de diciembre de 2020.

Segundo.- El día 3 de noviembre de 2020 fue interpuesto, ante el Registro General del órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación por don D.B.M., en nombre y representación de la mercantil "ORTHOCLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.", frente a los pliegos que rigen la licitación de referencia.

El recurso aduce –en síntesis– lo siguiente:

1.- Que la definición de la «*Troponina T Ultrasensible*» en el Lote 1 como el único biomarcador para la detección del infarto agudo de miocardio, sin hacer referencia a la posibilidad de utilizar la «*Troponina I Ultrasensible*», es contraria a Derecho, por cuanto –según argumenta– sólo un proveedor es capaz de proveer el suministro de la primera.

2.- Que uno de los criterios de evaluación automática, que otorga una valoración de hasta 12 puntos al «*Compromiso del licitador de asumir gastos del gestor de peticiones OMI-MODULAB valorado aproximadamente en 60.000 euros*», es contrario a Derecho.

3.- Que el umbral de solvencia económica y financiera, establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCAP), vulnera la legislación contractual.

4.- Que la falta de concreción del alcance y del importe de las obras de instalación del laboratorio en el Lote 1 en la determinación del presupuesto base de licitación, del valor estimado y del precio del Lote 1, es también contraria a la legislación contractual.

Por lo expuesto, solicita que, mediante la estimación de su recurso, sean anulados tanto el anuncio como los pliegos que rigen la licitación. Igualmente se interesa –con carácter cautelar– la suspensión del procedimiento licitatorio.

Tercero.- Con fecha 11 de noviembre de 2020, el órgano de contratación dio traslado del recurso a este Tribunal, remitiendo igualmente el expediente de contratación. El informe a que alude el artículo 56.2 de la 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) fue enviado el día 12 de noviembre; en él, se opone, tanto a los argumentos del recurso –solicitando multa a la recurrente–, como a la suspensión del procedimiento solicitada.

Cuarto.- Mediante Resolución 15/2020, de 1 de diciembre, 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 decidió la suspensión –con carácter cautelar– del procedimiento de licitación.

Quinto.- No habiendo finalizado el plazo de presentación de ofertas, no se ha llevado a cabo el preceptivo trámite de alegaciones establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “ORTHOCLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.” para interponer recurso especial y su representación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector

Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y va dirigido contra los pliegos que rigen el contrato, actuación susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- En el primer motivo del escrito de recurso, la mercantil plantea que los pliegos incurren en infracción legal debido a la exigencia de la «*troponina T ultrasensible*» (en el lote 1) como el único biomarcador para la detección del infarto agudo de miocardio, sin hacer referencia a la posibilidad de utilizar la «*troponina I ultrasensible*», dado que sólo un proveedor es capaz de proveer el suministro de la primera por lo que se restringe de modo absoluto e injustificado, la concurrencia en la licitación del lote 1.

Frente a ello el órgano de contratación en su informe sobre el recurso opone lo siguiente: «*en el apartado 12 Nota Aclaratoria del PPT se prescribe literalmente en estos términos "El artículo 90001638 del Lote 1 la determinación es "Troponina Ultrasensible".*

Por tanto no se exige específicamente ni la fracción T ni la fracción I.
La nota aclaratoria viene originada por el hecho de que la tabla de parámetros analíticos del Anexo IX al PCAP, que muestra los datos económicos de éstos, tales como la actividad calculada y el precio máximo, está extraída de nuestros sistemas en que se describe los parámetros con arreglo a su clasificación actual y se da la circunstancia de que para la Troponina ultrasensible, la clasificación correspondiente al consumo actual es "Srm Troponina T ultrasensible".
No existe contradicción entre el PCAP y el PTT, ya que el PTT lo que hace es definir las características técnicas o calidades de lo que se licita y en este caso define la troponina sin especificar si es T ó I, para permitir la concurrencia.

Por lo tanto, la única restricción de hecho y manifiesta es que sea de alcance "ultrasensible" por exigencia meramente clínica, extremo éste que la recurrente no discute puesto que de hecho lo comercializa, entre otras 11 empresas, con arreglo al cuadro que ella misma incorpora en su recurso como anexo Documento 11 página 3, 3ª línea».

Expuestos los términos del debate, se ha constatado que el ANEXO IX del PCAP relativo a los «*precios unitarios»,* se refiere literalmente a la «*troponina T ultrasensible*»*,* como sostiene la recurrente así como que existe una *«nota aclaratoria»* en el PPT que señala lo siguiente:

«*12.- NOTA ACLARATORIA*

El artículo 90001638 del Lote 1 la determinación es "Troponina Ultrasensible"».

Pues bien, de lo expuesto por el órgano de contratación se deduce que la intención del órgano de contratación no es restringir el producto a suministrar al tipo de troponina indicado por la recurrente («*troponina T*»), sino que como se expresa en la «*nota aclaratoria*» del PPT invocada en el informe al recurso de aquél antes reproducido, sólo se exige que sea «*ultrasensible*». Asimismo, informa el órgano de contratación que tal nota tiene su origen en el hecho de que la tabla del Anexo IX relativa a los precios unitarios máximos y la cantidad a suministrar de cada una –donde consta especificada como «*troponina T*», está equivocada, por falta de actualización.

Dejando aparte que no acierta este Tribunal a entender por qué en lugar de corregir la citada tabla o poner la nota aclaratoria en la misma, se lleva ésta al PPT, lo cierto es que cabe preguntarse si efectivamente con los pliegos impugnados se está efectivamente restringiendo la concurrencia.

De esta manera, puede apreciarse que en el PCAP resulta clara dicha restricción pues la referencia a la fracción concreta en cuestión –la `T´– aparece de manera diáfana. Por el contrario, el PPT parece que tiene por

objeto «*aclarar*» la misma en el sentido de anularla, según refiere el órgano de contratación, aunque ciertamente tampoco resulta nítida tal aclaración.

Así, estamos ante una discrepancia de los pliegos, en cuyo caso –con arreglo a la cláusula 1ª del PCAP– debe prevalecer éste frente a cualquier otro documento contractual.

Únicamente cabría plantearse si puede objetarse a tal prevalencia el principio de especialidad, debido a que las especificaciones técnicas de los productos a suministrar es una materia a regular en el PPT, tal y como dispone la LCSP. Sin embargo, al constar definida tal característica técnica mediante una nota aclaratoria –que, además de parca, no es tal– como apartado 12 de dicho pliego y no en los apartados relativos a las características técnicas del Lote 1, sin vinculación o referencia alguna al Anexo IX del PCAP mientras que el apartado 1º del PPT sí se remite a dicho Anexo en cuanto al detalle de "*las técnicas analíticas que se licitan*", no se considera que pueda objetarse el principio de especialidad del que goza el PPT en este caso, sobre el PCAP, máxime desde el punto de vista de la consecución de la mayor concurrencia, así como de una competencia efectiva, y ello –a su vez– en virtud del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Por tanto, el PCAP tal y como está configurado, restringe de forma contraria a Derecho y aunque sea por error, los principios antes citados y procede, con estimación del presente recurso, que sea anulado a fin de corregir tal error y dar nuevo plazo para presentación de ofertas.

Aunque dicha estimación 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.- El segundo motivo del recurso tiene por objeto la impugnación de uno de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior del Lote 1 establecido en el Anexo XII del PCAP. El concreto criterio impugnado es el siguiente:

«(…)

5- CRITERIO: Compromiso del licitador de asumir gastos, del gestor de peticiones OMI-MODULAB valorado aproximadamente en 60.000 Euros. **DOCUMENTACIÓN A APORTAR:** Declaración del licitador en sobre 3	Compromiso: 12 puntos No compromiso: 0 puntos	Hasta 12 puntos

(…)».

En el escrito de recurso se argumenta frente a él lo siguiente:

«*Este criterio lo que pretende es la asunción directa por parte del suministrador de unos gastos que no le corresponden, ni están relacionados con el objeto del Contrato, así como de unas obligaciones contractuales que le son ajenas y que se refieren al proveedor de ese servicio informático y al órgano de contratación.*

Por tanto, es un criterio manifiestamente contrario a derecho, al no referirse a una prestación incluida en el ámbito de una obra, concesión, servicio o suministro, sino a la mera asunción de las obligaciones que el órgano de contratación mantiene con un tercero.

Al igual que ocurre con las obras relativas a la implantación del laboratorio, no se incluye como coste directo en el presupuesto base de licitación la asunción del pago de estas obligaciones del gestor de peticiones, por lo que el mismo no es adecuado a los precios de mercado, ni se ha determinado con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 100 de la LCSP, lo cual impide que se garantice que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, al no haberse estimado correctamente el importe atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto base de licitación, contradiciendo el mandato dirigido a los órganos de contratación en el artículo 102.3 LCSP.

Más aún, cuando la valoración de ese coste, que debe asumir directamente el adjudicatario, se realiza de forma orientativa "…valorado aproximadamente en 60.000 euros…".

Asimismo, lo cierto es que este criterio impide la existencia de tensión competitiva en cuanto a la posible asunción de la prestación de este sistema informático de atención primaria. Se imposibilita a los ofertantes proponer la utilización de otros sistemas informáticos para la gestión de peticiones que podrían ser objeto de valoración. Se trata de un criterio de valoración que queda neutralizado, ya que todos los licitadores asumirán sin más esa obligación para no perder los 12 puntos».

Frente a ello, el órgano de contratación opone en su informe lo siguiente:

«*Ortho* (la recurrente) *dice que el adjudicatario ha de asumir costes que:*

"El adjudicatario ha de asumir costes que no le corresponden": *será el licitador quien decidirá si le corresponden en caso de que opte libremente por ofertarlo.*

"los costes no están relacionados con el objeto del contrato": *En la plataforma se respondió a una pregunta al respecto. Tal como se explicaba, los costes vienen derivados de la conexión de la gestión de las peticiones analíticas que hay que realizar (objeto del contrato) en los analizadores adjudicados para garantizar la trazabilidad (para asegurar una correcta ejecución del objeto del contrato) y seguridad de los resultados garantizando una correcta identificación y gestión de las muestras procedentes de centros de extracción que van a ser analizadas en el sistema contratado.*

"y que son obligaciones que el órgano mantiene con un tercero": *se trata de prestaciones que no están implantadas a fecha de hoy, por lo que no existe obligación alguna del órgano y son una mera presunción de la recurrente.*

"no aparece como coste directo en el presupuesto base": *obvio puesto que no es una prestación mínima obligatoria sino que el licitador puede decidir si la asume a cambio de una mayor puntuación mejorando así las prestaciones mínimas. Como coste directo solo puede constar aquello que se va a ejecutar con certeza.*

"la valoración de 60.000 € es orientativa": *es un valor a máximos y la cuantía exacta será consecuencia de la negociación entre el licitador/adjudicatario y el "propietario" del Modulab.*

Por otro lado afirma: ***"se neutraliza un criterio de valoración porque todos los licitadores lo asumirán":*** *Esta afirmación es una presunción y no se debe tener en cuenta, ya que pues será según la conveniencia particular de cada licitador.*

Es un criterio de adjudicación activo y a raíz del cual se espera una mejora sustancial de las prestaciones contratadas».

Dado que el criterio impugnado está configurado en torno a las mejoras puesto que se trata de valorar una prestación adicional no obligatoria, habrá que estar al régimen legal de las mismas, contenido en el artículo 145.7 de la LCSP, que –en lo que aquí interesa– dispone:

«*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.* (..)

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».

Por tanto, toda mejora ha de guardar directa vinculación con el objeto del contrato y que aporte, lógicamente, una mejora objetiva a la concreta prestación licitada sin alterar la naturaleza de la misma ni el objeto del contrato.

Hay que estar al objeto del contrato para apreciar la existencia de tal vinculación y así, en el apartado 1º del PPT, se señala que «*el objeto del contrato es el suministro de reactivos y material fungible necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Bioquímica del Hospital Obispo Polanco de Teruel, así como el arrendamiento de los equipos necesarios, en el que se incluye el mantenimiento de dichos equipos y su conexión informática al sistema de información del laboratorio*».

De este modo, cabe apreciar que la mejora consistente en el compromiso de asumir el gasto correspondiente a un programa informático –predeterminado– cuyo objeto es la gestión-relación de las peticiones de analíticas y de las muestras procedentes de los centros de extracción con el laboratorio donde se han de realizar, no se refiere a la calidad, eficacia o eficiencia de los bienes objeto del contrato (suministro de reactivos y material fungible necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Bioquímica del Hospital Obispo Polanco de Teruel, así como el arrendamiento de los equipos necesarios); tampoco se refieren a las condiciones de ejecución de la prestación que incumbe al contratista (plazo de entrega, condiciones de entrega, etc.); y, en última instancia, el programa de gestión informática no es un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o el uso del bien adquirido ni tampoco es –a juicio de este Tribunal– un elemento accesorio que potencie las cualidades o propiedades de los bienes adquiridos o servicios prestados con arreglo al objeto contractual. De tal manera que el criterio impugnado incumple el requisito legal de que en él se valoren prestaciones vinculadas con ese objeto del contrato y que no alteren la naturaleza de las prestaciones definidas en el PPT como obligatorias, por lo que es contrario a Derecho.

Resulta trasladable al presente caso lo señalado en la Resolución 136/2018, de 10 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía:

«*En el supuesto analizado, la mejora consiste en la aportación por parte del licitador de un montante económico calculado como porcentaje sobre el presupuesto base de licitación, con el cual la Administración adquirirá determinado equipamiento que facilitará la implantación de las prótesis objeto del contrato. De este modo, a mayor porcentaje ofertado, se recibirá mayor puntuación en el criterio de adjudicación.*

Tal proceder supone un modo de financiar, sin el debido control presupuestario ni financiero, la adquisición de determinados bienes que, como después se verá, tampoco guardan vinculación directa con el objeto del contrato. El criterio infringe, pues, las reglas de adjudicación objetiva del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP) y, como señala la Sentencia, de 7 de abril de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Apelación nº 315/2008), vulnera también la normativa presupuestaria conforme a la cual el crédito presupuestario para gastos se ha de destinar exclusivamente a la finalidad específica para la que haya sido autorizado por la Ley del Presupuesto o por las modificaciones aprobadas conforme a esta Ley (artículo 39 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 2 de marzo).

Asimismo, debe prosperar también la pretensión actora de anulación del criterio impugnado con base en el otro alegato por ella esgrimido, donde manifiesta que los equipos considerados como mejoras carecen de vinculación directa al objeto del contrato y ni siquiera están designados con precisión, pues la cita de los mismos no es exhaustiva.

Pues bien, el criterio se refiere a "(…) la adquisición de equipamiento que ayude a la actividad del servicio en una sala de hemodinámica y facilite la

implantación de las prótesis objeto del contrato, incluyéndose entre otros y con carácter no exhaustivo: ecocardiógrafos, sondas 4D, monitor desfibrilador, carros de parada...".

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".

Pues bien, sobre la base de las premisas expuestas, hemos de concluir que el objeto del contrato aquí analizado es el suministro de diversas prótesis vasculares (endoprótesis vasculares coronarias) y no su efectiva implantación que es una actividad eminentemente clínica y para la que realmente servirían las mejoras en litigio.

Por ello, aun cuando tales mejoras supongan ventajas incuestionables en el proceso asistencial de implantación de las prótesis, su utilidad no se extiende al proceso de entrega de dichos bienes por parte del contratista. Desde esta perspectiva, aquellas no aportan ninguna ventaja directa a las prótesis 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 bienes adquiridos.

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 –como no podría ser de otro modo– 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 consiguiente, como ya señalábamos en la reciente Resolución 112/2018, de 25 de abril, "Queda claro, pues, a la luz de ambos textos legales –TRLCSP 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 redunda 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 ello, asiste la razón a la recurrente dado que las mejoras que establece el criterio de adjudicación impugnado del Anexo XII del PCAP no cumplen dicho requisito, en la forma en que este ha sido interpretado en numerosas ocasiones por los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales. También en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia nº 193/2019, de 12 de mayo, por la que se declara conforme a Derecho el Acuerdo 120/2016, de 7 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el que se consideraba imprescindible la vinculación de las mejoras con el objeto del contrato, por lo que las mejoras que establece el criterio de adjudicación impugnado del Anexo XII del PCAP serían contrarias a Derecho.

CUARTO.- Como tercer motivo del recurso se impugna el umbral de solvencia económica y financiera establecido en el PCAP por cuanto superaría de forma injustificada el máximo establecido en el artículo 87.1.a) de la LCSP.

En el escrito de recurso se razona la impugnación de la siguiente manera:

«*El umbral de solvencia económica y financiera para participar como licitador es común en los siete lotes. Se define en el apartado 1 del Anexo V del PCAP Original y en el Nuevo Anuncio en los siguientes términos:*

"Los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocios igual o superior al doble de la suma del importe de los lotes a los que se licite, IVA excluido."

Sin embargo, el artículo 87.1.a) de la LCSP establece que ese umbral no debe exceder de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados, criterio que cuando el contrato se divida en lotes deberá aplicarse en relación con cada lote.

El PCAP Original y el Nuevo Anuncio establecen un umbral de solvencia económica y financiera que excede de una vez y media el volumen anual de negocios, al ser de dos veces el volumen anual de negocios, sin que el órgano de contratación haya justificado en los Pliegos o en la Memoria la imposición de dicho umbral mayor.

Los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia de contratación pública anulan los pliegos en los que se fijan umbrales de solvencia por encima de los límites máximos legalmente previstos sin que se haya justificado la concurrencia de una situación excepcional que lo permita.

Así, por ejemplo, el propio TACPA, al que ahora nos dirigimos, en sus acuerdos de 5 y 18 de octubre de 2017, ha declarado sobre la solvencia económica que:

"…Como es sabido, la finalidad de la solvencia en sus distintas vertientes es garantizar que el posible adjudicatario pueda ejecutar correctamente el

contrato. En todo caso, y de conformidad al principio de igualdad de trato, la exigencia de las ratios de solvencia tiene que responder al principio de proporcionalidad y evitar distorsionar indebidamente la competencia. Asimismo, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 21/2012, relativo a la exigencia de solvencia económica, y en todo caso deben tenerse en consideración los principios y criterios que informan ambas normativas, el «antiformalismo» y el principio «pro actione» que ha consagrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el procedimiento administrativo, y el principio de concurrencia que inspira la contratación pública, y que se plasma con carácter general en el artículo 1 TRLCSP que exige que se garantice el libre acceso a las licitaciones y la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

(…)

La finalidad de esta regla [refiriéndose al artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE, hoy transpuesta por la LCSP, entre otros, en su artículo 87] es permitir el mayor acceso de PYMES a la licitación, graduando la exigencia de solvencia económica al concreto contrato (lotes) que cada una de ellas pretenda ejecutar si fueran adjudicatarios. Filosofía que también se encuentra en la reforma que sobre la solvencia realiza el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre…"

En atención a la argumentación expuesta, concluye el TACPA en los siguientes términos:

"En consecuencia, la solvencia económica del contrato se analizará por cada lote, sin exceder del doble de su valor estimado, atendiendo al criterio de anualidad media. Y cuando se exija más allá de los mínimos deberá motivarse la necesidad de tal exigencia.

Este Tribunal (Acuerdo 3/2011, de 7 de abril) tiene sentado y establecido que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil (LEG 1889, 27), `las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas´. Así, la interpretación del Pliego no puede ser ajena a la finalidad de favorecer el mayor acceso de empresa al mercado y de que la solvencia económica resulte racional y razonable.

(…)

En consecuencia, la decisión de excluir al recurrente es ilegal y, procede estimar la pretensión del recurso…"

Se introduce por tanto un criterio de solvencia contrario a derecho, ya que se fija un umbral superior al máximo legal que restringe el acceso a la contratación pública de forma injustificada».

Frente a lo expuesto, el órgano de contratación en su informe manifiesta lo siguiente:

«*El día 30 de octubre se publicó una corrección de errores en la se corrigió el parámetro de solvencia económica en el Anexo V del PCAP, al que ha tenido acceso el recurrente porque lo menciona en el recurso.*

El día 12 de noviembre se ha corregido este parámetro en el anuncio, ya que cuando se corrigió en el PCAP no se hizo en el anuncio».

A la vista de lo manifestado por este último, ha podido comprobarse como efectivamente con fecha 9 de noviembre del presente año y, por tanto, con posterioridad a la interposición del recurso, fue objeto de publicación el PCAP con la modificación siguiente (en el anuncio se confería nuevo plazo de presentación de proposiciones):

«*Criterios de selección: Los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocios no superior una vez y media al valor estimado de la suma del importe de los lotes a los que se licite, IVA excluido*».

Así pues, el pliego definitivo no supera el umbral de solvencia máxima que puede exigirse con arreglo a la ley pero debe plantearse la cuestión de que la redacción dada no es la correcta, pues con ella a quien se impide licitar es a quienes tengan una cifra de negocios superior en una vez y media, lo que constituye una discriminación injustificada y contraria al espíritu de la razón de ser y naturaleza de la exigencia de una solvencia económica.

QUINTO.- El último motivo del recurso tiene por objeto denunciar la «*falta de concreción del alcance y del importe de las obras de instalación del laboratorio en el lote 1»,* lo que según ella*, «vulnera las reglas de determinación del presupuesto base de licitación, del valor estimado y del precio del lote 1, e introduce un efecto potencialmente discriminatorio, al no disponer todas las empresas licitadoras de la misma información en cuanto al importe de las obras de ejecución y no ser posible por tanto que propongan sus ofertas en condiciones de igualdad.»*

Concretamente, en su escrito de recurso la actora defiende lo siguiente:

«*El apartado 3 del PPT amplía el objeto del lote 1 a las obras y trabajos de instalación del laboratorio del Hospital:*

"Los trabajos de instalación serán por cuenta del adjudicatario, que incluirá en caso necesario el desmontaje de instalaciones actuales y la adecuación de instalaciones u obras necesarias para el correcto funcionamiento de los equipos adscritos al contrato. Estos trabajos se realizarán bajo la supervisión y directrices del Servicio Técnico del Hospital, entregando el adjudicatario una memoria de instalación con toda la información relevante (planos, esquemas,

cálculos, etc.) en el sobre 2. La empresa adjudicataria se hará cargo de todas las obras (albañilería, fontanería, etc.) que sean necesarias.

Una vez finalizada la vigencia del contrato el adjudicatario asumirá la desinstalación de los equipos, sistemas y tecnología cedida, así como los gastos que de ello derivasen. De igual forma asumirá el traslado de los equipos por la posibilidad de cambio de hospital.

Durante el tiempo de duración de la adecuación de espacios e instalación de equipos, el laboratorio debe mantener su actividad de 8 a 15 horas para el trabajo de rutina y 24 horas para dar salida a las muestras urgentes."

Sin embargo, el desglose de costes directos e indirectos por cada lote que se han tomado en cuenta para el cálculo del presupuesto base de licitación que se prevé en el Anexo II del PCAP no hace referencia al importe de estas obras en lo que se refiere al lote 1:

	Lote 1
Suministro material	3.374.114,74
Arrendamiento equipamiento	723.024,59
Mantenimiento equipamiento	96.403,28
Costes de administración	241.008,19
Beneficio industrial	385.613,11
TOTAL	4.820.163,91
IVA	1.012.234,42
TOTAL	5.832.398,33

Podría entenderse que ello se debe a que se trata de obras menores, de mera instalación de los equipamientos y la maquinaria.

Sin embargo, ORTHOCLINICAL, con arreglo a su propia experiencia como proveedor de servicios de laboratorio y de suministro de productos sanitarios de laboratorio, y tras haber estudiado los documentos contractuales, así como el actual proveedor de parte de los suministros del lote 1, estima que las obras de adaptación de espacios tienen un coste de entre 200.000 y 300.000 euros.

Se trata, pues, de una partida económica muy relevante y nada desdeñable. De hecho, es muy superior al presupuesto base de licitación de todos los lotes salvo el 5.

El órgano de contratación es consciente de la importancia de esta prestación consistente en la ejecución de obras de implantación del laboratorio, ya que, de entre los criterios sujetos a juicios de valor, se evalúa con hasta 20 puntos de un total de 49 el siguiente:

"PROYECTO DE LABORATORIO (20 puntos).

Memoria descriptiva de adecuación de espacios, cronograma, instalación, mantenimiento de la actividad diaria del laboratorio, formación y puesta en marcha. Proyecto organizativo y flujo de trabajo. Plan de contingencia. Gestión de residuos. Propuestas de innovación y valor añadido para la mejora de la calidad asistencial."

En este sentido, recuérdese que, como se establece en el apartado 3 del PPT, los licitadores deben incluir la "… memoria de instalación con toda la información relevante (planos, esquemas, cálculos, etc.) en el sobre 2…", es decir, como parte de la documentación que se refiere a los criterios de valoración sujetos a juicios de valor.

Pues bien: nada impide al órgano de contratación introducir como parte del objeto del Contrato la ejecución de determinadas obras, ya que la LCSP permite y regula pormenorizadamente la figura de los contratos mixtos.

Lo que, a nuestro juicio, no es jurídicamente admisible, es la manera en la que los Pliegos han planteado la realización de estas obras.

No se incluyen como coste directo en el presupuesto base de licitación, por lo que el mismo no es adecuado a los precios de mercado, ni se ha determinado con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 100 de la LCSP.

No se ha tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato el importe de las obras, vulnerándose con ello lo establecido en el artículo 101.8 LCSP.

Las anteriores omisiones no permiten garantizar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, al no haberse estimado correctamente el importe atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto base de licitación, contradiciendo el mandato dirigido a los órganos de contratación en el artículo 102.3 LCSP.

Además, la falta de concreción del alcance de las obras y de una horquilla estimatoria aproximada del importe mínimo y máximo de las mismas pueden tener un efecto discriminatorio, ya que los licitadores no cuentan con la misma información sobre los costes de ejecución de las obras de remodelación del laboratorio del HOP, por lo que no pueden proponer sus ofertas en condiciones de igualdad.

Esta falta de concreción y de definición afecta no solo a la fijación del precio de las ofertas de los licitadores, sino también a la puntuación del criterio de adjudicación relativo al "PROYECTO DE LABORATORIO".

En efecto, con los Pliegos no es posible determinar si una empresa concreta que proponga un proyecto de laboratorio de diseño óptimo y eficiente, pero que estime un valor pequeño del coste de ejecución de las obras recibirá mayor o menor puntuación que otra empresa cuyo proyecto de laboratorio sea de menor calidad técnica, pero cuya estimación del coste del valor de implantación sea mayor».

Frente a ello. el órgano de contratación señala lo siguiente en su informe:

«(…) *este órgano de contratación no tiene requerimientos particulares preconcebidos respecto de los espacios del laboratorio ni puede determinar de antemano si es necesario desmontar instalaciones actuales y disponer otras distintas y, en este segundo caso, cómo hayan de ser esas instalaciones. Y ello porque, en favor de la máxima concurrencia, el contrato está abierto a las propuestas tecnológicas y organizativas que pueda recibir y cada una de esas propuestas contrae sus propias necesidades de espacio y de instalaciones, que estarán en función de sus respectivas propuestas organizativas, de dotación de instrumentación, de diseño de flujos del laboratorio; y que podrán estar sujetas según su configuración a diversas regulaciones como p.ej. de seguridad e higiene laboral (ruido, temperatura, riesgos de accidentes, etc). En consecuencia pueden tener un rango de variación imprevisible para este órgano adjudicador.*

El equipamiento objeto de cesión consiste en cadenas industriales de grandes analizadores interconectados, con sistemas robóticas de gestión y almacenamiento de miles de muestras de pacientes.

De esta manera, si no puede ni tan siquiera determinar la necesidad ni el alcance, ni redactar un proyecto de obra –es decir, el modo de satisfacer tales necesidades potenciales– menos aún puede establecer un presupuesto desglosado y ajustado a precios de mercado. Las estimaciones de la recurrente son el resultado de sus presunciones, una vez más.

No habiendo un proyecto, no hay información que proporcionar en plano de igualdad.

El criterio de valoración mediante juicio de valor que se cita ha de considerar de forma amplia y coherente la solución de dotación, organización, formación y transición que vienen condicionadas por el equipamiento que se proponga y su

despliegue en unos espacios adecuados a la viabilidad operativa y funcional del proyecto que oferta cada licitador, por lo que no hay ninguna correlación».

Así, vistos ambos pliegos se comprueba que la denuncia de la recurrente es acertada, puesto que el PPT impone la realización de obras o actuaciones cuyo coste no está efectivamente, estimado. El órgano de contratación viene a reconocerlo al manifestar que no le resulta posible hacer dicha estimación.

En la memoria económica obrante en el expediente administrativo, al fijar el valor estimado del contrato se limita a señalar que «*comprende el importe de los consumos previstos durante el plazo de vigencia*», lo que viene también a confirmar lo denunciado.

Se aprecia, por tanto, que ni en el informe del órgano de contratación ni en la documentación preparatoria del expediente de contratación, figura el desglose correspondiente a las prestaciones aludidas por la recurrente y tampoco dicha ausencia está justificada por los argumentos dados en el informe del recurso.

Resulta, de esta manera, trasladable aquí lo dicho en el reciente Acuerdo 99/2019, de 26 de julio:

«*Es por ello que procede invocar el criterio que este Tribunal administrativo ha mantenido, entre otros, en sus Acuerdos 45/2014, de 7 de agosto, 51/2014, de 4 de septiembre, 54/2014, de 26 de septiembre, y más recientemente 18/2019 de 15 de febrero, en cuanto a que en la preparación del contrato, la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación es adecuado a los precios de mercado, tal y como exige actualmente el artículo 100.2 de la LCSP recién transcrito. De tal forma que la estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta determinación del importe vendrá derivada de las prescripciones técnicas exigidas y es, por tanto, en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, debiendo realizar, en todo caso, el órgano de contratación una labor*

de cuantificación de la que quede constancia en el expediente de contratación.

Ya en el Acuerdo de este Tribunal 10/2011, de 6 de julio, en un criterio reiterado posteriormente en otros, como el 92/2015, de 5 de octubre, se incidía –en fase de preparación del contrato– en la importancia de la estimación correcta de los conceptos económicos (junto al valor estimado, hay otros conceptos económicos fundamentales en cualquier expediente de contratación: el presupuesto de licitación, el presupuesto del contrato y el precio), y que entre ellos tiene que existir una relación de concordancia o proporcionalidad, que permita a los licitadores conocer las condiciones económicas del contrato. Además, estas cantidades tienen que quedar plasmadas con claridad en los pliegos y en el resto de la documentación del procedimiento de contratación.

Por ello, este Tribunal entiende que la obligación que impone el artículo 100.2 de la LCSP de incluir en el pliego el presupuesto base de licitación desglosado, es clara (en el mismo sentido también se ha pronunciado el TACRC, en la Resolución 632/2018, de 29 de junio, así como en la Resolución 1153/2018, de 17 de diciembre) e incluso en la Resolución 132/2013, de 5 de abril, del TACRC invocada por el propio órgano de contratación.

También el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA) en la reciente Resolución 192/2019, de 13 de junio, se ha pronunciado en cuanto a la obligación legal que se impone de detallar el presupuesto del contrato en los siguientes términos:

"Ciertamente, una de las novedades de la LCSP al regular el presupuesto y valor estimado de los contratos es la obligación que se impone a los órganos de contratación de detallar y desglosar en los pliegos los distintos costes y partidas en que debe descomponerse el presupuesto y valor estimado de los contratos, lo cual no es sino consecuencia de la aplicación efectiva del principio de transparencia consagrado en los artículos 1 y 132 de la LCSP, a fin de permitir a los licitadores disponer de la información necesaria para poder formular sus ofertas.

Hasta tal punto el legislador ha querido dar importancia a esta cuestión que el artículo 116.4 de la vigente ley, al referirse al expediente de contratación, incluye como novedad respecto a la anterior regulación (artículo 109 del TRLCSP) la justificación adecuada del valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

Así las cosas, el mandato legal es claro: el PCAP debe contener el adecuado desglose de costes en que se descompone el presupuesto base de licitación (artículo 100.2 de la LCSP), debiendo figurar igualmente en dicho pliego el método de cálculo aplicado al valor estimado, sin perjuicio de incorporar al expediente de contratación justificación adecuada de este último con expresión de sus distintos conceptos".

Además procede traer a colación la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León –con cita de distintas sentencias y resoluciones–, invocada por las dos recurrentes y que versa sobre idéntico motivo de recurso respecto de los pliegos que han de regir el contrato de suministro de tiras reactivas para la determinación de glucemia en sangre de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de León, y en la que el citado Tribunal concluye lo siguiente:

"el uso de la expresión "como mínimo" posibilita que el número de medidores que deban suministrarse sin precio sea muy superior al que corresponderían con la ratio publicada. Esto es, no se fija una cantidad máxima de medidores por lote, ni se da una orientación de cuál será la necesidad real a cubrir. Por ejemplo, no aclara si pretenden cubrir posibles averías o incidencias técnicas en el medidor inicialmente entregado mediante su sustitución, si se pretende satisfacer a los pacientes que desearían tener más de un medidor o si lo que se quiere es ir renovándolos periódicamente durante la vigencia del contrato.

Como consecuencia ello la retribución final de la prestación de suministro no se conocerá por el licitador hasta la finalización del contrato, momento en el que deberá imputar a lo abonado por las tiras reactivas el coste de los medidores

cedidos (sin precio alguno que las retribuya), de forma tal que el cálculo del precio unitario obliga a configurar las ofertas económicas como meras apuestas.
Por ello, esta cesión sin coste vulnera el artículo 102.1 de la LCSP, que impone que el precio de todo contrato administrativo ha de ser un precio cierto y que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, y de acuerdo con lo pactado.
Además, se infringe el principio de transparencia, que implica que todos los aspectos relevantes para determinar la adjudicación del contrato sean públicos y de general conocimiento para todos los interesados potenciales en concurrir al procedimiento, quienes deberían poder atenerse a unas reglas, claras y precisas, aplicables de la misma forma durante todo el procedimiento.
En conclusión, la previsión de la cláusula 6 del PPT es nula del pleno derecho por contravenir el régimen legal del precio de un contrato público, por lo que procede la anulación de los pliegos y, en su caso, la elaboración de nuevos pliegos en que también se consignen criterios para conocer el número de los medidores que deben ponerse a disposición del órgano de contratación, con indicación de su precio específico.

Ante esta misma contienda, con el mismo sentido y con la misma conclusión, pueden citarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de junio de 2015, la Resolución 115/2013 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, la Resolución 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, las Resoluciones 165/2013 y 89/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y la Resolución 8/2018 de la Comisión Jurídica de Extremadura"».

Por todo ello, dado que las condiciones económicas del contrato revisten un carácter esencial, tanto en fase de adjudicación –donde debe garantizarse que las licitadoras puedan tener conocimiento de las mismas de cara a elaborar sus ofertas–, como posteriormente en la ejecución del contrato, -para que éste pueda ser llevado a efecto de acuerdo con los planteamientos que sirvieron de

base a la licitación, y con el contenido de la oferta seleccionada-, la falta de desglose del presupuesto de licitación y la indeterminación en la cuantificación de las prestaciones obligatorias del PPT referidas por la recurrente, conllevará que el eventual precio cierto que se abonará al contratista no estará determinado en función de la prestación realmente ejecutada, tal y como exigen los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP y a la inexistencia de equilibrio entre las obligaciones de las partes.

Por tanto, concurre también un vicio de nulidad de las clausulas relativas al valor estimado del contrato, presupuesto base de licitación y precio del contrato del Lote 1, en relación con el apartado 3 del PPT.

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 presentado en nombre y representación de la mercantil “ORTHOCLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.”, frente a los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Suministro de material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas de bioquímica y suministro en régimen de alquiler sin opción de compra sujeto a disponibilidad funcional de los equipos necesarios para la realización de las mismas, para el hospital “Obispo Polanco” de Teruel», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario de Teruel del Servicio Aragonés de Salud que deberá proceder conforme a lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo.

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.

El presente acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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 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 dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL,	**EL SECRETARIO,**
Esperanza Ríos Marín.	**Sergio J. Ibarz Bosqued.**