

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación de COOK ESPAÑA S.A. (en adelante COOK) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, por un lado, y contra la modificación de dichos Pliegos, por otro, del contrato “*Suministro de material sanitario desechable para endoscopias para el Hospital Universitario de La Princesa*”, 16 lotes, (Expediente P.A. 1/20202)), para los lotes 1, 2, 4, 8, 9, 10 y 11, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en la Plataforma de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 31 de octubre de 2019, y en el BOCM de fecha 11 de noviembre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

Así mismo, con fecha 22 de noviembre de 2019, se publicó en el Perfil del Contratista la modificación de los Pliegos, ampliando el plazo para la presentación de ofertas.

El valor estimado de contrato asciende a 817.403,80 euros y su duración es de 12 meses.

Segundo.- El 19 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de COOK en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas del PCAP y PPT.

Así mismo, con fecha 2 de diciembre de 2019, tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de 21 de noviembre de 2019, por la que se modifica el PPT.

Tercero.- El 22 de noviembre y 4 de diciembre, respectivamente, el órgano de contratación remitió los expedientes de contratación y los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal de fecha 28 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses*

legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”.*

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos.

Cuarto.- El recurso especial se ha planteado contra los PCAP y PPT, que fueron publicados en el Perfil del Contratante el 31 de octubre de 2019, presentando el recurso el 19 de noviembre, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Respecto al segundo recurso, la modificación de los Pliegos se publicó el 22 de noviembre, presentándose el recurso el 2 de diciembre, dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Quinto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Sexto.- Por cuanto respecta al fondo del asunto, el primer recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1- La exigencia establecida en el PPT para los lotes 1, 2, 4, 8, 9, 10 y 11 consistente en la reposición automática en el almacén de la Unidad, verificación de stock y retirada del cartonaje-envoltura externa del producto, no es ajustada a Derecho.
- 2- La exigencia establecida en el PPT para los lotes 1, 2, 4, 8, 9, 10 y 11 consistente en la prestación sin cargo referida a contenedores, no es ajustada a Derecho.
- 3- Cuatro criterios cualitativos valorables de forma automáticas no son conformes a Derecho.

Respecto al segundo recurso, el recurrente lo fundamenta en que la modificación del PPT supone la anulación de dos características técnicas, lo que supone no una simple rectificación material, de hecho o aritmético, sino una modificación sustancial, que de acuerdo con el artículo 124, *in fine*, de la LCSP, debió dar lugar a la retroacción de actuaciones y no a una mera ampliación del plazo para presentación de ofertas.

Procede, por tanto, analizar en primer lugar este segundo recurso, ya que de su estimación se derivaría la nulidad de los Pliegos y la retroacción de actuaciones.

Se plantea en este supuesto la circunstancia de que la modificación del PPT llevada a cabo por el órgano de contratación, que ahora es objeto de impugnación, se realizó a la vista de los motivos del primer recurso presentado. En este sentido, el órgano de contratación en su informe del primer recurso señala que *“A la vista del recurso interpuesto, por la Unidad de Endoscopias se procede a la modificación del Pliego de Prescripciones Técnicas, por Resolución del Director Gerente, del siguiente tenor literal:*

Advertido error en el Pliego de Características Técnicas del Procedimiento Abierto 1/2020 HUP, titulado “Suministro de material sanitario desechable para endoscopias”, publicado en el Perfil de Contratante el 31 de octubre de 2019, Referencia 3260196, a continuación se indica su corrección:

En los lotes 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 - se anula como característica técnica básica: "Oferta sin cargo de dos contenedores, de superficies lisas y lavables para almacenaje-reposición, medidas aproximadas 22 cm de profundo x 30 cm de ancho x 25 cm de alto, siendo válida también la oferta de un solo contenedor de aprox. 45 cm de profundo, divisible en dos partes equivalentes a la opción anterior' .

En los lotes 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 - se anula como característica técnica básica: " Reposición automática en el almacén de la Unidad, con periodicidad quincenal o mensual en función del consumo y espacio necesario de almacenaje, con verificación de stock al menos quincena/mente. La reposición conllevará además la retirada fuera del Centro del cartonaje-envoltura externa del producto, respetando la legislación vigente sobre eliminación de residuos". Y se concede un nuevo plazo para la presentación de solicitudes de participación hasta el día 4 de diciembre de 2019”.

Nos encontramos, por tanto, ante una modificación del PPT que elimina las dos características técnicas exigidas por el recurrente en su primer recurso, que sin embargo recurre dicha modificación por aspectos procedimentales.

Esta circunstancia nos deriva necesariamente al ámbito de la legitimación del recurrente para el presente motivo.

Siendo el criterio del legislador considerar el requisito de legitimación de una manera amplia, no restringido siquiera solo a los licitadores y siendo el principio orientador para su aplicación el *pro actione*, también cabe recordar que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este concepto en la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, RTC 2000, 252J, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, RTC 2004, 173J, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, RTC 2006, 73J, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, RTC 2004, 45J, F 4)”*.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 172/2018 de 7 de junio: *“Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en Sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en diversas resoluciones tales como la 237/2011 y la 22/2012 que ‘de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública”.*

A la luz de esta doctrina, procede determinar qué ventaja o utilidad jurídica obtiene el recurrente en el caso de prosperar su pretensión, más allá del mero interés por la legalidad, que, como hemos señalado anteriormente, no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones.

A este respecto, hay que destacar que la recurrente no presentó oferta inicialmente, ni tampoco una vez publicada la modificación de los Pliegos en el sentido de su pretensión, en el plazo concedido al efecto, lo que plantea dudas

evidentes de que la retroacción de actuaciones suponga una mejora en su posición, más allá de ocasionar una demora innecesaria en la licitación, con las consecuencias que ello llevaría aparejado para la prestación del servicio público.

Por todo ello, procede inadmitir el presente motivo de recurso en cuanto no se aprecia un interés legítimo propiciado por una ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.

Procede analizar, por tanto, el resto de motivos planteados.

En lo referente al primer recurso, en cuanto a los dos primeros motivos, al coincidir plenamente la modificación de los Pliegos con la pretensión del recurrente, se produce una pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

Respecto al tercer motivo, la recurrente considera que los cuatro criterios cualitativos previstos en el PCAP no están directamente vinculados con el objeto del contrato, que consiste simplemente en la entrega sucesiva de material sanitario desechable para endoscopias. Considera que a través de estos criterios se está variando el objeto del contrato.

Los criterios de adjudicación que figuran en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP son:

1) el criterio precio, en el que se valora el precio, con una ponderación de hasta 50 puntos entre 100.

2) los criterios cualitativos, que se traducen en cuatro criterios, que para los Lotes 1, 2, 4, 8, 9, 10 y 11 son los siguientes:

- Oferta de sistema automático de verificación de consumo/reposición mediante radiofrecuencia, código de barras, etc., incluyendo dispositivos necesarios:
SI: 20 puntos; NO: 0 puntos.

- Contenedores con accesorio para etiquetas (o sistema equivalente de identificación de producto): SI: 10 puntos; NO: 0 puntos.
- Etiquetas impresas o sistema equivalente de identificación del producto para los contenedores: SI: 10 puntos; NO: 0 puntos.
- Oferta de contenedor adicional: 2 puntos (en los Lotes 1, 2 y 4) y 5 puntos (en los Lotes 8, 9, 10 y 11) por cada contenedor. Hasta un máximo 10 puntos.

Por su parte, el órgano de contratación señala en su informe emitido por la Unidad de Endoscopias que en los criterios cualitativos se ha solicitado un sistema automatizado de verificación para la facilitar la coordinación entre el proveedor y el Hospital, facilitando la provisión en función de las necesidades y reduciendo los riesgos de desabastecimiento o de acúmulo innecesario de productos en el almacén de la Unidad. Indirectamente influirá en un mejor control de las caducidades. Por tanto, estos sistemas aportan beneficios tanto para proveedores como para el Hospital.

Respecto de la disponibilidad de contenedores y etiquetado adaptados a cada producto se justifica por la gran variabilidad en forma y tamaño de los empaquetados utilizados por distintos proveedores. Este tipo de contenedores facilitan condiciones idóneas de almacenamiento, sin riesgo de roturas, con mayor optimización de espacios y una identificación óptima, que reduce el riesgo de errores en la selección de productos de similar apariencia y distintas características (forma, tamaño, etc.).

Concluye señalando que estamos ante criterios cualitativos que de acuerdo con el artículo 145 de la Ley de Contratos del Sector Público, se establecen por el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio, y de acuerdo al artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre se deben establecer los criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia y con su ponderación.

A efectos de dotar de mayor claridad la exposición del presente Fundamento, y dado su diferente alcance, conviene desglosar el análisis de los tres primeros criterios de adjudicación respecto del cuarto, que ha sido planteado específicamente en el segundo recurso especial.

El artículo 145 de la LCSP dispone que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, aunque, previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al Art. 148.

En lo referente a la mejor relación calidad-precio, el apartado 2 del citado artículo 145 establece que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales que podrán ser, entre otros:

“La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro”.

Los requisitos, que exige la LCSP en su artículo 154.5 en cuanto a los criterios de adjudicación son: su vinculación al objeto del contrato, deben ser

formulados de manera objetiva y la obligación de garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Se trata, por tanto, de determinar si los tres criterios plasmados en el PCAP cumplen con las previsiones señaladas anteriormente, en concreto en lo referente a su vinculación con el objeto del contrato.

A este respecto, las alegaciones en que funda su pretensión el recurrente se reducen a los siguientes argumentos. *“Efectivamente, esos criterios cualitativos no están vinculados directamente al objeto del contrato, objeto que lo constituye simple y llanamente la entrega sucesiva de material sanitario desechable para endoscopias; por tanto, a través de esos criterios cualitativos se está variando el objeto del contrato, y esta variación a través de esos criterios cualitativos determina la nulidad de los pliegos y de todo el procedimiento de adjudicación pues, recordemos, los criterios de adjudicación han de ser elementos caracterizadores del objeto del contrato. Por otro lado, los elementos que se valoran a través de aquellos cuatro criterios cualitativos podría entenderse que se tratan de mejoras, y aún entendiendo que se pueden tratar de unas mejoras debemos señalar que, en el presente caso, a través de ellas se está inculcando el apartado 7 del artículo 145 de la LCSP pues no se concretan sus requisitos, límites, modalidades y características y, como hemos dicho, no están vinculadas al objeto del contrato, que volvamos a recordar que éste tiene por objeto la adquisición de material sanitario desechable para endoscopias, a lo que debemos añadir, en la medida que los citados criterios cualitativos de adjudicación hacen referencia a los contenedores, que la prestación de los contenedores apuntada en el PPTP es inválida al no estar determinada en aquel objeto del contrato ni regularse su régimen en el PCAP, tal como ya se fundamentó anteriormente”.*

De todo ello, se desprende que el recurrente considera que los criterios de valoración están variando el objeto del contrato, sin aludir en ningún momento en qué varía dicho objeto. Por otro lado, de modo inconcreto alega la posibilidad de que

se trate de mejoras, pero que incumplirían lo previsto en el artículo 145.7 de la LCSP, sin justificar en ningún momento porqué se produciría dicho incumplimiento.

Por el contrario, el órgano de contratación, en su informe de la Unidad de Endoscopias justifica que los tres citados criterios suponen mejoras funcionales claramente relacionadas con el objeto del contrato, en cuanto repercuten en una mejor coordinación entre el proveedor y el Hospital, facilitando la provisión en función de las necesidades y reduciendo riesgos de desabastecimiento, en lo referente al primer criterio de adjudicación, y una mejora en el almacenamiento, sin riesgo de roturas y una mejor identificación, en lo que se refiere a los otros dos criterios.

Como señala la Resolución del TACRC 468/2018, de 18 de mayo *“El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio de la Administración, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.*

Como consecuencia de lo anterior, debemos recordar la doctrina de este Tribunal al respecto, reflejada, entre otras, en nuestra Resolución nº 385/2017 de 28 de abril de 2017, en la que nos pronunciamos como sigue:

“En esta misma línea, en la Resolución nº 208/2017 citábamos a su vez la nº 203/2016, en la que se reconoce cierto grado de discrecionalidad en la integración de los criterios de valoración subjetivos o dependientes de un juicio de valor, señalando que: “El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que: “a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los

critérios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones no102/2013, 263/2011). b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014). c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengán a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (...)” La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica”.

Por tanto, este Tribunal considera que los criterios de adjudicación impugnados cumplen los requisitos de vinculación al objeto del contrato, han sido formulados de manera objetiva y garantizan que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Respecto al motivo planteado por el recurrente en el segundo recurso, alega que con la modificación del PPT, actualmente ya no consta en éste ninguna referencia a los contenedores y en un criterio cualitativo de adjudicación se valora la oferta de contenedor adicional: 2 puntos (en los Lotes 1, 2 y 4) y 5 puntos (en los Lotes 8, 9, 10 y 11) por cada contenedor. Hasta un máximo 10 puntos, criterio ese que es de imposible valoración, pues antes de la modificación del PPT, se exigía a los licitadores que ofertaran dos contenedores o un contenedor de mayores dimensiones, por tanto y en última instancia, tenía su razón de ser el valorar la oferta de contenedores adicionales a esos dos (o uno) que exigía el PPT; pero ahora resulta que ya no se exige la presentación de una oferta de dos (o de uno de mayores dimensiones) contenedores, por lo que es imposible valorar el ofertar contenedores adicionales a través del citado criterio de adjudicación, lo que comporta su nulidad, y la nulidad de un criterio conlleva la de toda la contratación.

Efectivamente, al desaparecer del PPT como prescripción técnica obligatoria la entrega de dos contenedores, la referencia del criterio de valoración "*Oferta de contenedor adicional: 2 puntos (en los Lotes 1, 2 y 4) y 5 puntos (en los Lotes 8, 9, 10 y 11) por cada contenedor. Hasta un máximo 10 puntos*", genera una clara inconsistencia, que hace imposible la aplicación del referido criterio, al haber desaparecido la obligatoriedad de presentar un número determinado de contenedores. Por tanto, procede declarar su nulidad.

Respecto a las consecuencias de esta declaración de nulidad, la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria), declaró lo siguiente:

“91. Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.

92. Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43).

93. Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación.

94. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (...).

95. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.

“No pueden, por tanto, acogerse para este supuesto los argumentos del órgano de contratación para acordar la continuación del procedimiento de licitación, relativos a la existencia de interés público en la prestación del servicio y a la incidencia mínima del criterio anulado en la adjudicación del contrato, al tener una ponderación inferior al 5 % sobre la puntuación total. Este Tribunal es consciente de la trascendencia e interés público del servicio de (...), pero ello no obsta para que la adjudicación del contrato para prestar tal servicio deba tramitarse conforme al procedimiento establecido y de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitaria.

En este caso, si bien es cierto que la puntuación otorgada al criterio anulado era de 5 puntos sobre un total de 103 puntos atribuidos a los criterios evaluables mediante fórmulas (a los criterios dependientes de un juicio de valor se les atribuye un máximo de 12 puntos), también lo es que el inicial establecimiento en los pliegos de aquel criterio de valoración podría haber disuadido a algunas empresas a participar en la licitación, e incluso la tenencia del certificado de calidad referenciado, con la segura obtención de los 5 puntos, podría haber condicionado la elaboración de las ofertas. Tal circunstancia determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y la retroacción del procedimiento al momento de redacción de los pliegos. A la misma conclusión han llegado otros tribunales de recursos, como el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, que en la Resolución 92/2013 señaló que ‘la ponderación atribuida al criterio declarado nulo (2 puntos) es superior al margen que ha separado la oferta del recurrente de la del adjudicatario (0,34 puntos), de modo que es evidente que una configuración distinta del criterio y su consiguiente aplicación podía haber resultado en un adjudicatario diferente. Sin embargo, la nulidad habría existido también aunque no se hubiera dado esta circunstancia, y ello porque se desconoce cuántas habrían sido las ofertas y con qué contenido si, desde un primer momento, el subcriterio anulado no se hubiera incluido en el procedimiento”.

Por otro lado, el artículo 122.1 de la LCSP establece, así mismo que en caso de modificación de los Pliegos procede la retroacción de actuaciones.

Por todo lo anterior, el presente motivo debe ser estimado, debiendo proceder el órgano de contratación a retrotraer las actuaciones al momento previo a la aprobación de los Pliegos y continuando posteriormente con el procedimiento de licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Declarar la acumulación de los recursos 627 y 644 del 2019 interpuestos por la empresa del encabezamiento por concurrir las circunstancias para ello previstas en los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de COOK ESPAÑA S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas la del contrato “*Suministro de material sanitario desechable para endoscopias para el Hospital Universitario de La Princesa*”, 16 lotes, (Expediente P.A. 1/20202), para los lotes 1, 2, 4, 8, 9, 10 y 11, en los términos del Fundamento de Derecho Sexto, con retroacción de las actuaciones en los términos que se recogen en el mismo

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal con fecha 28 de noviembre de 2019.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.