

Recurso 89/2016**Resolución 153/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de julio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA** contra la resolución, de 3 de abril de 2016, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de videocirugía para los centros sanitarios adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla”, respecto de la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) y de los Lotes 74 y 138 (Expte. PAAM 15/2014 CCA. 6C9SSXM), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de septiembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del



contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 17 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 249.

El valor estimado del contrato asciende a 23.388.206,43 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su redacción anterior al Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas, el 3 de abril de 2016, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento. En concreto, la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) se adjudica a la empresa COVIDIEN SPAIN, S.L., el Lote 74 a la empresa SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S.A. y el Lote 138 a la empresa MBA INCORPORADO, S.L.. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 7 de abril de 2016 y remitida por fax a la entidad ahora recurrente el 8 de abril de 2016.

CUARTO. El 25 de abril de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA (en adelante APPLIED) contra la resolución de adjudicación de la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) y de los Lotes 74 y 138. Dicho escrito de recurso fue remitido a este Tribunal con fecha 28 de abril de 2016.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 29 de abril de 2016, se le requirió al órgano de contratación el informe al recurso, el expediente de contratación, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Esta petición hubo de ser reiterada recibándose la totalidad de la documentación solicitada en el Registro de este Tribunal el 25 de mayo de 2016.

SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal se solicita a APPLIED que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en plazo en este Tribunal el 4 de mayo de 2016.

SÉPTIMO. El 13 de mayo de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido para ello.

OCTAVO. El 18 de mayo de 2016, este Tribunal dictó Resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) y de los Lotes 74 y 138.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los contratos contemplados legalmente y actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

En efecto, el objeto de la presente licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada y promovido por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que siendo el acto impugnado la resolución de adjudicación el mismo es susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación recurrida fue publicada en el perfil de contratante el 7 de abril de 2016 y remitida por fax a la entidad recurrente el 8 de abril de 2016, por lo que habiendo tenido entrada el recurso en el Registro del órgano de contratación el 25 de abril de 2016, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.



En el primer motivo del recurso, la recurrente denuncia la falta de motivación de la resolución de adjudicación. Alega que dada la variedad y disparidad de productos ofertados en los distintos lotes, considera que las puntuaciones otorgadas en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características técnicas y funcionalidades” requerían una mayor motivación y mejor clasificación entre las posibles categorías o grupos homogéneos de valoración previstos en los pliegos que lo que efectivamente se ha llevado a cabo.

Manifiesta que en todos aquellos casos en los que los licitadores obtienen un punto, se repite una y otra vez la misma frase, "*cumple sólo los requisitos mínimos exigidos*", que, por cierto, se extrae directamente de la clasificación de puntuaciones contenida en el Anexo A del apartado 13 del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), apareciendo esta justificación genérica en infinidad de ocasiones en el resumen de valoraciones, incluso en varios lotes, de hecho, ni siquiera se destaca una oferta sobre el resto, incluyéndose dicha justificación para la totalidad de los licitadores.

En definitiva, matiza la recurrente, el resumen de valoraciones que se acompaña a la resolución de adjudicación contiene una sucinta motivación de la puntuación otorgada únicamente respecto de aquellos productos que han recibido una valoración igual o superior a 10 puntos, justificando la valoración otorgada en función de una o varias características concretas del producto. Sin embargo, para el resto de referencias que superan el corte y obtienen 1 punto, que son la mayoría, únicamente se incluye la justificación estandarizada "*cumple solo los requisitos mínimos exigidos*", lo que -sin perjuicio de consideraciones adicionales a las que más adelante se refiere el recurso- no puede, a juicio de la recurrente, sino tildarse de falta de motivación o motivación insuficiente de la puntuación otorgada respecto del grueso de productos ofertados.

Afirma la recurrente que no procede valorar tan elevado número de ofertas con esa sola frase, alegando que sobre la improcedencia de este tipo de motivaciones genéricas puede traerse a colación, por ejemplo, resoluciones de los órganos



administrativos competentes en materia de resolución de recursos especiales en materia de contratación, entre otras las resoluciones 68/2013, de 24 de mayo, la 139/2014, de 23 junio y la 8/2015, de 15 de enero, de este Tribunal.

Así las cosas, afirma la recurrente, aplicando los mencionados precedentes al caso que nos ocupa, resulta que no cabe repetir una y otra vez la misma frase genérica "*cumple solo los requisitos mínimos exigidos*", extraída del PCAP, y sin ningún tipo de individualización, como motivación de la puntuación otorgada a los licitadores, incurriéndose por tanto, en una clara falta de motivación.

Concluye la recurrente que, a la vista de lo anterior, debe considerarse que la clasificación de las ofertas que se acompaña a la resolución de adjudicación, en tanto que puntúa sistemáticamente las proposiciones de diversos aspirantes a un mismo lote con un solo punto justificando tal decisión con una frase estandarizada y extraída del propio Cuadro Resumen del PCAP, adolece de un claro vicio de motivación insuficiente, *ex* artículos 151.4 del TRLCSP y 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que debe ser anulada.

Pues bien, en cuando a la posible falta de motivación, es conocida la doctrina recogida por este Tribunal acerca de que la motivación puede ser sucinta con tal que sea precisa y razonada. En tal sentido, la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo señala que la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución, y la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.



Ahora bien, la falta de motivación formal solo tendrá consecuencias directas en el procedimiento, si de ello pudiera resultar una efectiva lesión del derecho de defensa de la recurrente a efectos de la interposición de un recurso fundado.

En este sentido, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras), y a la doctrina reiterada de este Tribunal, manifestada, entre otras, en las resoluciones 39/2013, de 1 de abril, 39/2015, de 10 de febrero y 132/2016, de 9 de junio, la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En efecto, el concepto de indefensión jurídicamente relevante es material y no formal, por tanto para su invocación y estimación es preciso que se sitúe a la recurrente en un desconocimiento real y concreto de los antecedentes precisos para la eficaz defensa de sus derechos e intereses legítimos.

En el presente supuesto la recurrente afirma que se ha incurrido en una clara falta de motivación, pues no cabe repetir una y otra vez la misma frase genérica "*cumple solo los requisitos mínimos exigidos*", extraída del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor "características técnicas y funcionalidades" prevista en el Anexo A del apartado 13 del Cuadro Resumen del PCAP, sin ningún tipo de individualización, como motivación de la puntuación otorgada a los licitadores.

Procede, pues, traer a colación el contenido del Anexo A del apartado 13 del Cuadro Resumen de PCAP. Su tenor en lo que aquí interesa es el siguiente:

"CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y FUNCIONALIDADES (20 puntos)



La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y las muestras aportada por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base la facilidad de utilización, seguridad de resultados, compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación.

ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN DE ESTE CRITERIO:

Base: 1 punto (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Aceptable: 5 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Bueno: 10 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Muy bueno: 15 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

Excelente: 20 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

JUSTIFICACIÓN DE ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN:

Base: Cumple sólo los requisitos mínimos exigidos.

Aceptable: Cumple los requisitos mínimos exigidos y mejora levemente algún aspecto.

Bueno: Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras apreciables.

Muy bueno: Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras sustanciales.

Excelente: Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes.”

De la redacción del criterio ha de interpretarse necesariamente que cuando una oferta es calificada como base “*cumple sólo los requisitos mínimos exigidos*”, para el órgano evaluador el producto ofertado, en cuanto a la facilidad de utilización, seguridad de resultados y compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, solo cumple los requisitos mínimos exigidos pues, a su juicio, no destaca sobre el resto de ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes, ni destaca por aportar mejoras sustanciales, ni apreciables, ni siquiera mejora levemente algún aspecto de los exigidos como mínimo.

Así pues, la expresión “*cumple sólo los requisitos mínimos exigidos*” aun siendo una argumentación sucinta, es precisa y razonada, pudiéndose comprender perfectamente la justificación de sus puntuaciones, con independencia que las mismas



se compartan o no.

En efecto, entiende este Tribunal que con la expresión “*cumple sólo los requisitos mínimos exigidos*” prevista en la descripción del criterio en el PCAP y posteriormente recogida en el informe técnico de valoración de ofertas, la justificación de la asignación de la puntuación otorgada a diferentes ofertas en distintos lotes se haya suficientemente motivada, como se ha analizado en los párrafos anteriores, siendo suficiente para que la recurrente, si así lo deseaba, pudiese interponer un recurso útil y eficaz y suficientemente fundado, como efectivamente así lo hizo como se verá a lo largo de esta resolución, no habiéndose producido, por tanto, menoscabo del derecho de defensa.

Con respecto a la manifestación de la recurrente relativa a que este Tribunal en varias de sus resoluciones ha estimado improcedente motivaciones genéricas como la alegada en el presente motivo, es necesario precisar que en dichas resoluciones, sirvan como ejemplo la 63/2013 en la que se justificaba la puntuación otorgada a la oferta de la recurrente y a la de la adjudicataria con la frase “*facilidad de utilización aceptable y suficiente, sin ningún valor añadido diferenciador*”, este Tribunal entendió como genérica la frase pues no aportaba información concreta y específica sobre las razones que han determinado esa puntuación en cada una de las dos ofertas, y la 139/2014 que analizaba un supuesto en el que las calificaciones otorgadas a las ofertas se justificaban en valoraciones numéricas, sin que existiese ni siquiera una descripción de la motivación en las puntuaciones.

Sin embargo, en el presente supuesto la expresión “*cumple solo los requisitos mínimos exigidos*” hace alusión a que, a juicio del órgano evaluador, en cuanto a la facilidad de utilización, seguridad de resultados y compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, el producto ofertado solo cumple los requisitos mínimos exigidos, no destacando según el juicio técnico sobre el resto de ofertas ni siquiera mejorando levemente algún aspecto de los exigidos como mínimo.



En consecuencia, con base en las argumentaciones anteriores, procede desestimar este primer motivo del recurso.

SEXTO. En el segundo motivo del recurso, la recurrente denuncia la insuficiente determinación en el PCAP de los criterios para la valoración técnica de las ofertas así como el empleo por la Mesa técnica de criterios de valoración no recogidos en el pliegos y creados *ex post facto*, lo que ha supuesto, a su juicio, una vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato.

Dada la pretensión de la recurrente en este motivo del recurso, procederemos a analizar en primer lugar su alegato relativo a la insuficiente determinación en el PCAP de los criterios para la valoración técnica de las ofertas y en segundo lugar el referente al supuesto empleo por la Mesa técnica de criterios de valoración no recogidos en los pliegos y creados *ex post facto*.

En cuanto al alegato de la insuficiente determinación en el PCAP de los criterios para la valoración técnica de las ofertas, afirma la recurrente que los pliegos se limitan a hacer una serie de consideraciones muy generales en cuanto a los criterios que han de determinar la valoración de las características técnicas y funcionalidad de los productos. En efecto, a su juicio, se dice que las ofertas deben valorarse, desde un punto de vista técnico, en relación con la facilidad de utilización del producto, la seguridad de los resultados y la compatibilidad entre productos para su utilización y aplicación, y que la puntuación vendrá determinada en función de las "mejoras" (en realidad se refiere a las características técnicas de los productos) que introduzcan los equipos, que pueden ser "*apreciables*", "*sustanciales*" e, incluso, "*muy significativas*" en "*aspectos relevantes*".

Sin embargo, señala la recurrente, ni el PCAP ni la restante documentación del expediente establece con claridad el procedimiento para clasificar las ofertas en una u otra de las posibles categorías de puntuación, concretamente, no se indican cuales son las características técnicas ni los aspectos de facilidad de uso, seguridad de resultados o de compatibilidad entre productos que deben dar lugar a la



obtención de una u otra valoración. Tampoco se precisan, puntualiza la recurrente, cuales serán los aspectos que determinarán que un producto aporta mejoras "*apreciables*", "*sustanciales*" o "*muy significativas*". Ante esta situación, es patente que, a su juicio, se deja un amplísimo margen a la Mesa técnica para la valoración funcional de los productos.

Manifiesta la recurrente que no es obstáculo para la denuncia que se hace en este apartado el hecho de que no se hayan impugnado los pliegos, ya que las infracciones denunciadas determinan la nulidad de pleno derecho de los pliegos, vicio que, a juicio de la misma, puede -y debe- ser analizado de oficio por este Tribunal como se señala en su Resolución 139/2014 antes citada.

Por tanto, concluye la recurrente, la declaración de nulidad de la cláusula del pliego que no definía las características técnicas ni los aspectos de facilidad de uso, seguridad de resultados o de compatibilidad entre productos que deben lugar a la obtención de una u otra valoración no supone una contradicción con la doctrina general en relación con la impugnación de los pliegos, pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho.

Pues bien, la recurrente en su *petitum* pretende que se declare la nulidad de todo el procedimiento de licitación por entender que las cláusulas del PCAP que definen los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor se limitan a hacer una serie de consideraciones muy generales, sin establecer con claridad el procedimiento para clasificar las ofertas en una u otra de las posibles categorías de puntuación y sin precisar cuales serían los aspectos que determinarían que un producto aporte uno u otro tipo de mejoras, y ello con motivo de la impugnación, no del citado pliego, sino de otro acto distinto como es el de adjudicación.

Al respecto, este Tribunal ha desarrollado en varias de sus resoluciones una extensa doctrina sobre la impugnación de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, al recurrir



el acto de adjudicación o el de exclusión, doctrina que se recoge en sus resoluciones 108/2016, de 20 de mayo, 119/2016, de 25 de mayo y 132/2016, de 9 de junio, y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. La regla general en estos casos (v.g. resoluciones 39/2015, de 10 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 389/2015, de 17 de noviembre, 1/2016, de 14 de enero y 75/2016, de 6 de abril, entre otras muchas) ha sido estimar que los anuncios de licitación, los pliegos o los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, por lo que, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, y teniendo en cuenta que la recurrente no los impugnó en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

Esta regla general admite una serie de excepciones que han de concurrir para poder anular un anuncio de licitación, un pliego o un documento en el que se establezcan las condiciones que deban regir la licitación con motivo de la impugnación de otro acto distinto como la adjudicación o la exclusión. Estas excepciones han sido puestas de manifiesto por este Tribunal en diversas resoluciones (v.g. resoluciones 270/2015, de 31 de julio, 310/2015, de 3 de septiembre, 342/2015, de 14 de octubre, 45/2016, de 18 de febrero y 72/2016, de 1 de abril, entre otras).

2. Es posible, previa interposición del correspondiente recurso, declarar la nulidad de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación cuando, con ocasión de la exclusión o de la adjudicación, una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente solo pudo comprender las condiciones de la licitación en el momento en que, tras haber evaluado las ofertas, el órgano de contratación le informó de los motivos de su decisión, siempre que de forma acumulativa se den las siguientes circunstancias:



- Que en la estipulación de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que deban regir la licitación concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
- Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 del TRLCSP.
- Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del órgano de contratación a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

3. En todo caso, el vicio de nulidad radical de los actos administrativos es de interpretación restrictiva, por ello, en los supuestos en que exista un vicio de nulidad en los anuncios de licitación, en los pliegos o en los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, el Tribunal solo podría apreciar la nulidad de los mismos en la resolución de un recurso contra la adjudicación o contra la exclusión, cuando aquel vicio tan grave no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del mismo, sino que se ponga de manifiesto con posterioridad a lo largo del procedimiento de adjudicación.

Así, en la Resolución 422/2015, de 10 de diciembre, se señaló que *“(...) si la redacción del pliego es clara e indubitada de modo que la ilegalidad del criterio resulta apreciable tras la mera lectura de aquel sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas, la invocación de dicha ilegalidad debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento*



inalterable.”

En el mismo sentido, la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, declaró que *“el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).*

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión(...)

(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio (...).”

Este mismo criterio es el que, a *sensu contrario*, mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En definitiva, de la citada sentencia podemos extraer el argumento de que si las condiciones de la licitación, en cuanto a su posible ilegalidad, están suficientemente claras en los anuncios de licitación, en los pliegos o en los



documentos que deban regir la licitación, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la exclusión o la adjudicación (v.g. resoluciones 239/2015, de 29 de junio y 417/2015, de 10 de diciembre).

Expuesta la doctrina citada, en el presente supuesto la recurrente alega que las cláusulas del PCAP que definen los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor son muy generales, sin establecer con claridad el procedimiento para clasificar las ofertas en una u otra de las posibles categorías de puntuación y sin precisar cuales serían los aspectos que determinarían que un producto aporte uno u otro tipo de mejoras.

Pues bien, con independencia del análisis de fondo del alegato de la recurrente, los términos establecidos en el PCAP que rige la licitación son claros e indubitados, en cuanto a su posible ilegalidad, de tal forma que la recurrente pudo comprender las condiciones y estipulaciones contenidas en el mismo respecto del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características técnicas y funcionalidades”, sin tener que esperar a ningún acto posterior.

Como se ha expuesto anteriormente, el vicio de nulidad radical de los actos administrativos es de interpretación restrictiva, por ello, en los supuestos como en el presente en los que se alega la existencia de un vicio de nulidad, el Tribunal solo podría apreciarlo en la resolución del recurso contra la adjudicación, cuando aquel vicio tan grave no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del pliego, sino que se ponga de manifiesto con posterioridad a lo largo del procedimiento de adjudicación, circunstancia esta última que no se ha puesto de manifiesto por la recurrente.

En este supuesto, la redacción del PCAP es clara e indubitada respecto de la posible ilegalidad del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor, de modo que aquella resultaría apreciable tras la mera lectura de aquel sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas. La invocación de dicha ilegalidad, por tanto, debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los



pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable.

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación podría resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que se alega por la recurrente en el caso aquí examinado por entender que la redacción del criterio a su juicio es abierta e imprecisa-, que aquel vicio de nulidad que pudiese detectarse tras la culminación del procedimiento de adjudicación, circunstancia esta última que no acontece en el supuesto analizado.

Es más, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al ahora examinado, donde la recurrente atacaba los pliegos de una licitación en el momento de la adjudicación del contrato por el mero hecho de no haber resultado seleccionada su oferta. Por todas, hemos de referirnos a la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, donde sosteníamos lo siguiente: *“(...) el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).”*

Si este Tribunal, tras el análisis del alegato de la recurrente, estimara el recurso interpuesto y anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio, pudiendo darse la circunstancia de que un licitador impugne un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de no haber resultado adjudicatario.

En definitiva, la recurrente presentó oferta a la licitación y fue admitida por ello y valorada su propuesta por el órgano de contratación, lo que evidencia el conocimiento del contenido y alcance que la recurrente tenía de la licitación, sin que haya tenido que esperar a la valoración de las ofertas para poder invocar la posible



ilegalidad que ahora al impugnar el acto de adjudicación alega, por lo que al haber transcurrido el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, estos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inatacable.

Así pues, si las condiciones de la licitación, en cuanto a su posible ilegalidad, están suficientemente claras en los pliegos, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la adjudicación.

En efecto, entiende este Tribunal que una entidad licitadora, como la ahora recurrente, razonablemente informada y normalmente diligente, debería haber comprendido el criterio de adjudicación que ahora cuestiona pues fue capaz de presentar oferta, pudiendo haber interpuesto un recurso contra los pliegos en el plazo previsto para ello si consideraba que algún criterio de adjudicación incurría en los vicios que ahora denuncia en el recurso contra la adjudicación (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 *Evigilo*).

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este primer alegato del segundo motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo alegato del segundo motivo del recurso, la recurrente denuncia el supuesto empleo por la Mesa técnica de criterios de valoración no recogidos en el pliegos y creados *ex post facto*.

Afirma que la Mesa técnica ignora los escasos elementos de valoración fijados en el pliego, a saber la facilidad de utilización del producto, la seguridad de los resultados y la compatibilidad entre productos para su utilización y aplicación. De contrario, señala la recurrente, según el resumen de las valoraciones los dos únicos aspectos que parecen valorarse en la Agrupación 3 de manera específica son que los artículos dispongan de una doble válvula que permita el mantenimiento cuando se extraiga una muestra y que presenten estrías para una mejor sujeción. Si bien, señala la recurrente, estas características pueden ser más o menos positivas, no



están necesariamente relacionadas con la "facilidad de utilización del producto", la "seguridad de los resultados" o "la compatibilidad entre productos", siendo patente por tanto que la valoración de las propuestas se ha hecho ignorando los "escasos" criterios de valoración establecidos en los Pliegos.

Pero es que además, afirma la recurrente, la Mesa técnica, ante el silencio de los pliegos, ha valorado las características de los productos ofertados por los licitadores de acuerdo con unos criterios no establecidos en aquellos, adoptando, por tanto, *ex post facto* y sin publicidad alguna, criterios de evaluación. A su juicio, nada se indica en los pliegos acerca de que deban considerarse, por citar algún ejemplo, por lo que respecta a la aludida Agrupación 3, cuestiones tales como que los artículos dispongan de una doble válvula que permita el mantenimiento cuando se extraiga una muestra, o que presenten estrías para una mejor sujeción.

En este sentido, señala la recurrente, si el pliego de prescripciones técnicas (PPT) ni siquiera menciona tales aspectos, resulta de todo punto inadmisibles que los aparatos sean evaluados conforme a estas características y, más aún, que las mismas se consideren como "aspectos relevantes", al no estar dichos aspectos y su posible relevancia previamente definidos en los pliegos. Y en cambio, otras cuestiones que podrían estar relacionadas con la seguridad de resultados o la compatibilidad entre productos aludidas en el PCAP ni se mencionan entre aquellos aspectos que han llevado a otorgar la máxima puntuación. Así, a su juicio, la Mesa técnica ha considerado como características determinantes de una mejor funcionalidad aspectos sobre los que absolutamente nada decía el pliego.

En definitiva, afirma la recurrente, con fundamento en las consideraciones y precedentes analizados, puede afirmarse que la valoración del apartado "características técnicas y funcionalidades" no solo se ha hecho ignorando los criterios establecidos en el PCAP -especialmente la "seguridad de resultados" y la "compatibilidad entre productos para su utilización y aplicación"-, sino que, además, se han tomado en consideración como relevantes aspectos ni siquiera contemplados en los pliegos.



Por tanto, concluye la recurrente, cabe afirmar que la resolución de adjudicación conculca los principios de igualdad de trato y transparencia ex artículo 1 del TRLCSP, por lo que procede declarar su nulidad de pleno derecho.

Pues bien, a la vista lo establecido en la descripción del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “características técnicas y funcionalidades”, transcrito en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, se observa que la diferencia entre los calificativos “aceptable”, “bueno”, “muy bueno” y “excelente” está en la relevancia y especificidad de las cualidades del producto que determinan que, en el primer caso (aceptable), la ventaja sobre las ofertas que solo cumplen los requisitos mínimos exigidos es que mejoren levemente algún aspecto, en el segundo caso (bueno) la ventaja sobre el anterior es que aporten mejoras apreciables, en el tercer caso (muy bueno) las mejoras han de ser sustanciales y en el último caso (excelente) dichas mejoras han de ser muy significativas en aspectos muy relevantes.

Se infiere, pues, que para alcanzar cada una de las puntuaciones en el citado criterio de adjudicación, el producto debe mostrar una serie de cualidades funcionales específicas en cuanto a facilidad de utilización, seguridad de resultados y compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, que le otorgue una ventaja sobre las cualidades mínimas exigidas ya sea leve en algún aspecto, apreciables, sustanciales o muy significativas en aspectos relevantes.

La determinación de estas cualidades y ventajas corresponde al órgano técnico evaluador que, atendiendo a los parámetros definidos en el pliego, que no olvidemos que fueron aceptados íntegramente por todos los licitadores al presentar sus proposiciones, y tras el examen de las ofertas, debe emitir su juicio de valor dentro del margen de discrecionalidad técnica que le es reconocido.

Centrándonos en la Agrupación 3, que en este alegato cita la recurrente a título de



ejemplo, el órgano técnico justifica la valoración efectuada de la siguiente manera, para la recurrente y la adjudicataria:

“COVIDEN SPAIN, S.L.: Excelente: Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes: Tiene doble válvula lo que permite cuando se extrae una muestra el mantenimiento del pneumoperitoneo. Presenta también estrías que permiten una mejor sujeción.

APPLIED MEDICAL: Base: Cumple sólo los requisitos mínimos exigidos.”

Alega la recurrente que nada se indica en los pliegos acerca de que deban considerarse cuestiones tales como que los artículos dispongan de una doble válvula que permita el mantenimiento cuando se extraiga una muestra, o que presenten estrías para una mejor sujeción.

Al respecto, y como se ha indicado anteriormente, dichas cuestiones, a juicio del órgano técnico evaluador, son cualidades funcionales específicas en cuanto a facilidad de utilización, seguridad de resultados y/o compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación, que hacen que dicha oferta sea merecedora de una calificación de excelente pues según su criterio técnico dichas cualidades suponen mejoras significativas en aspectos relevantes.

En definitiva, dichas cualidades funcionales específicas de los distintos productos ofertados recogidas en el informe técnico de valoración de las ofertas conforme al criterio evaluable mediante juicio de valor analizado, no vienen a trasgredir dicho criterio de adjudicación, sino que recogen con precisión y a modo de justificación extremos referidos a facilidad de utilización, seguridad de resultados y/o compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación que no pueden devenir improcedentes o ilegales si con ellos el órgano técnico evaluador, siempre que no se modifiquen los criterios de adjudicación definidos en los pliegos, explica motivadamente la razón de ser de la valoración efectuada como es el presente caso.



En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este segundo alegato del segundo motivo del recurso.

OCTAVO. En el tercer motivo del recurso, la recurrente alega que, sin perjuicio de los vicios denunciados en los motivos precedentes, las puntuaciones otorgadas a las concretas ofertas resultan, cuanto menos, arbitrarias. Afirma la recurrente que la arbitrariedad y falta de acierto de dichas valoraciones se hace patente si analizamos supuestos concretos.

1. En relación con la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14), señala la recurrente que como antes se ha indicado, la totalidad de las proposiciones que ha presentado para los distintos lotes integrantes de la Agrupación 3 fueron valoradas, en lo relativo a sus características técnicas y funcionalidades, con un solo punto, esto es, se les otorgó la mínima puntuación posible, al estimarse que cumplían solo con "los requisitos mínimos exigidos".

Sin embargo, matiza la recurrente, a las proposiciones presentadas por COVIDEN para esa misma Agrupación se les atribuyó la puntuación máxima (20 puntos), justificándose por la Mesa técnica en que poseen una "doble válvula" que permite el mantenimiento del pneumoperitoneo al extraerse una muestra, y estrías "que permiten una mejor sujeción".

Pues bien, afirma la recurrente que, sin perjuicio de que tales características no se hallaban expresamente calificadas como relevantes en ningún punto del PPT, como ya se ha expuesto anteriormente, los trocares que ella ha ofertado a los Lotes 11, 12 y 14 también disponen de doble válvula y estrías de sujeción al igual que las ofertadas por COVIDEN y puntuadas con el máximo precisamente por ese motivo.

A lo anterior se añade, matiza la recurrente, el hecho de que los productos que ha ofertado cuentan además con otras tantas mejoras significativas dignas de valorar -no consideradas por la Mesa técnica-, como son: diseño punta atraumático con orificio en la punta que permite el establecimiento del pneumoperitoneo con la



mínima penetración y mejorando la seguridad en la inserción, sello cóncavo para facilitar la introducción del instrumento, doble válvula doble pico de pato que asegura y mejora el mantenimiento del pneumoperitoneo en la introducción y extracción de los instrumentos, sello universal que permite el paso de instrumentos de diferentes tamaños sin necesidad de adaptadores y en el caso del producto ofertado al Lote 13 cuenta con balón libre de látex que optimiza aún más la sujeción del trocar minimizando el riesgo de salida involuntaria y de daño en la pared abdominal a la hora de retirar el trocar.

Concluye la recurrente que las consecuencias de esta errónea valoración técnica son evidentes pues la eventual atribución de 20 puntos en el criterio técnico a su oferta haría que esta resultase la económicamente más ventajosa.

2. En relación con el Lote 138, señala la recurrente que como antes se ha indicado su oferta fue valorada con un solo punto pues, a juicio de la Mesa técnica, solo cumple los requisitos mínimos exigidos.

Manifiesta que de las restantes proposiciones presentadas y admitidas, únicamente la de B. BRAUN SURGICAL, S.A. fue merecedora de la puntuación máxima pues, a juicio de la Mesa técnica, su oferta destacaba "sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes", considerando como tales una mejor compensación del "balanceo de las tijeras" y de la "apertura y cierre" de las mismas.

Por el contrario, alega la recurrente que la Mesa técnica yerra al considerar tales aspectos pues se trata de características de todo punto subjetivas -el balanceo de las tijeras no puede definirse de otro modo-, evaluadas a partir de una comparación con los productos ofertados por otros licitadores y, sobre todo, no relacionadas directamente con los parámetros de valoración consignados en el PCAP tales como la facilidad de utilización del producto, la seguridad de los resultados y la compatibilidad entre productos.



A lo anterior se añade, matiza la recurrente, el hecho de que el producto que ella ha ofertado cuenta con características puramente objetivas en íntima conexión con dichos parámetros de valoración que sí deberían haber sido tenidos en cuenta como "aspectos relevantes", tales son: vaina protectora en el vástago hasta la articulación de las hojas de la tijera, almohadillas en el mango removibles para una mejor adaptación al tamaño de la mano del cirujano y para una mejor ergonomía y conexión monopolar rotatoria para mejorar el cambio de mano del instrumento y minimizar el enrollamiento del cable monopolar.

Concluye que, a su juicio, en el caso de haberse evaluado las ofertas atendiendo a criterios objetivos relacionados con los parámetros de valoración previstos en los pliegos, su oferta habría obtenido una puntuación notablemente superior al solo punto reconocido por la Mesa técnica.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala lo siguiente, tras examinar la oferta técnica y las muestras presentadas por la recurrente:

1. En relación con la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14), señala que la oferta de la recurrente cumple básicamente con los requisitos mínimos del PPT. Matiza el informe que no presenta mejoras por las que pueda destacar con respecto a las demás ofertas y la calidad de las muestras es básica, concluyendo que no tiene aspectos valorables relacionados en el PPT, motivo por lo que se ha puntuado con 1 punto.

2. En relación al Lote 138, señala que la oferta de APPLIED, al igual que en la Agrupación 3, cumple básicamente con los requisitos mínimos del PPT, no presentando mejoras por las que pueda destacar con respecto a las demás ofertas y siendo la calidad de las muestras básica, motivo por lo que se ha puntuado con 1 punto.



Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente denuncia la arbitrariedad y falta de acierto de las valoraciones realizadas por la Mesa técnica respecto de la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) y el Lote 138.

Al respecto, las alegaciones por parte de la recurrente de que la Mesa de contratación, a través de la comisión técnica -Mesa técnica en terminología del PCAP-, ha realizado una valoración incorrecta, parcial y arbitraria de determinados criterios evaluables mediante juicio de valor, suponen una valoración paralela y alternativa a la del órgano de contratación a la hora de enjuiciar la oferta de los licitadores que se mueve, como ha señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, integrado por un equipo de miembros con una amplia experiencia en el sector sanitario, especialidad cirugía, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Pues bien, la doctrina de la discrecionalidad técnica ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal al abordar la valoración de las ofertas con arreglo a juicios de valor. Así en resoluciones anteriores (v.g. 227/2015, de 17 junio, 283/2015, de 31 de julio y 114/2016, de 20 de mayo, entre otras muchas), hemos aludido a la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que, a su vez, remite a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede*



encontrar en algunos casos límites determinados.”

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros.

Asimismo, este Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones, por todas las citadas 227/2015 y 283/2015 y 114/2016, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: *«la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)».*

Resta, pues, analizar si en el presente supuesto se ha producido error, arbitrariedad o falta de motivación en la valoración efectuada por la Mesa técnica.

1. En relación con la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14), en síntesis la recurrente señala



que los trocares que ella ha ofertado a los Lotes 11, 12 y 14 también disponen de doble válvula y estrías de sujeción al igual que los ofertados por COVIDEN SPAIN, S.L. y puntuados con el máximo precisamente por ese motivo. A lo anterior se añade, matiza la recurrente, el hecho de que los productos que ha ofertado cuentan además con otras tantas mejoras significativas dignas de valorar que no han sido consideradas por la Mesa técnica.

Al respecto, el informe al recurso señala que la oferta de la recurrente cumple básicamente con los requisitos mínimos del PPT, no presentando mejoras por las que pueda destacar con respecto a las demás ofertas y siendo la calidad de las muestras básica, concluyendo que no tiene aspectos valorables relacionados en el PPT, motivo por lo que se ha puntuado con 1 punto. Por contra, señala el informe al recurso, la oferta de COVIDIEN aporta un sistema de desmontado de la doble válvula muy seguro y la cánula es transparente, aspectos valorables que hacen que el producto sea de muy buena calidad.

A la vista de lo anterior, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia error, arbitrariedad o falta de motivación en el juicio técnico emitido.

2. En relación con el Lote 138, en síntesis señala la recurrente que la Mesa técnica yerra al considerar como positivos los aspectos de balanceo y apertura y cierre de las tijeras pues son características de todo punto subjetivas, evaluadas a partir de una comparación con los productos ofertados por otros licitantes y, sobre todo, no relacionadas directamente con los parámetros de valoración consignados en el PCAP tales como la facilidad de utilización del producto, la seguridad de los resultados y la compatibilidad entre productos. A lo anterior se añade, matiza la recurrente, el hecho de que el producto que ha ofertado cuenta con características puramente objetivas en íntima conexión con dichos parámetros de valoración que sí deberían haber sido tenidas en cuenta.

Al respecto, el informe al recurso señala, al igual que en la Agrupación 3, que la oferta de la recurrente cumple básicamente con los requisitos mínimos del PPT, no



presentando mejoras por las que pueda destacar con respecto a las demás ofertas y siendo la calidad de las muestras básica, concluyendo que no tiene aspectos valorables relacionados en el PPT, motivo por el que se ha ponderado con 1 punto. Por contra, señala el informe al recurso, en la oferta de B. BRAUN SURGICAL, S.L. el balanceo y la apertura y cierre de las tijeras está mucho mejor compensado, haciendo que el producto sea de muy buena calidad.

A la vista de lo anterior, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia error, arbitrariedad o falta de motivación.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, la valoración efectuada por la Mesa técnica, en los aspectos recurridos, no adolece de error ni arbitrariedad, conteniendo los elementos suficientes para entenderse motivada, de manera que ha permitido a la recurrente conocer y combatir los motivos que conducen a la puntuación otorgada a su oferta y a la de la adjudicataria.

Por tanto, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este tercer motivo del recurso.

NOVENO. En el cuarto y último de los motivos del recurso, la recurrente alega en relación con el Lote 74, por un lado, que el producto que ha ofertado si cumple con los prescripciones técnicas exigidas, y por otro lado, que la oferta del licitador SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S.A. debió ser excluida por incumplir las determinaciones del PPT.

En cuanto a la exclusión de su oferta, afirma que según el resumen de valoraciones la misma ha sido rechazada porque la muestra aportada es mayor de 7 centímetros, cuando según la descripción del Anexo I del PPT debería ser mayor de 4 y menor de 7 centímetros.

Pues bien, denuncia la recurrente que contrariamente a lo que asevera el órgano de contratación, su producto ofertado sí cumplía exactamente con las características



descritas en el PPT, con absoluta independencia del dato en el que se sustenta la exclusión. Y es que, si bien es cierto, matiza la recurrente, que el dispositivo mide más de 7 centímetros no lo es menos que la medida de referencia a los efectos de comprobar que aquel se ajusta a lo señalado en el PPT no es el tamaño del dispositivo (indiferente a estos efectos), sino el de las incisiones a las que se adapta, y el tamaño de las incisiones a las que se adapta su producto se acomoda a los referidos límites, al ser superior a 4 e inferior a 7 centímetros.

Señala la recurrente que la descripción en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (SAS) del producto a suministrar, en cuanto a las medidas a considerar, establece lo siguiente: “*Incisión: Medidas máximas de incisiones para utilizar el dispositivo*”. Por tanto, a su juicio, la medida de referencia para toda descripción de este artículo será la propia de la incisión necesaria para utilizarlo.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso afirma de contrario que la muestra examinada de la empresa APPLIED tiene 12 centímetros, mayor de 7 centímetros y, por tanto, fuera del rango y atributos requeridos.

Pues bien, según se desprende del informe del órgano de contratación al recurso, el rango ha de ser del “dispositivo” y en ese caso es claro que el producto ofertado por la recurrente es mayor de 7 centímetros, extremo este confirmado por la propia recurrente en su recurso.

Por otra parte, la argumentación de la recurrente de que la medida prevista en el Anexo I del PPT (mayor de 4 cm. y menor de 7 cm.) lo es de la “incisión” y no del dispositivo, no puede ser compartida por este Tribunal, por un lado, porque en el mencionado Anexo del PPT nada se dice de que dichas medidas hayan de serlo de la incisión, por otro lado, porque en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS, al que hace referencia la recurrente y al que este Tribunal ha tenido acceso, se establece dentro de la descripción del producto un concreto apartado de medidas “Medidas: Varias medidas”, y por último y sobre todo, porque la técnica de cirugía



por laparoscópica, para la que se utiliza el material que se pretende adquirir con el Lote 74, no es compatible con una incisión mayor de 4 centímetros y menor de 7 centímetros, pues como se desprende de la descripción de los lotes en el Anexo I del PPT en este tipo de cirugía las incisiones oscilan entre 0,5 y 1,5 centímetros.

En definitiva, la única interpretación posible que ha de darse a las medidas -mayor de 4 centímetros y menor de 7 centímetros- que se recogen en el Anexo I del PPT, conforme a la descripción prevista en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS y a las características propias de la técnica quirúrgica para la que se utiliza el material a adquirir, es que las mismas lo han de ser del “dispositivo” y no de la “incisión” como pretende la recurrente.

Pues bien, una vez rechazada la pretensión de la recurrente de anulación del acto de exclusión de su oferta respecto del Lote 74, no procede analizar el fundamento de su pretensión respecto del posible incumplimiento de la oferta de la entidad SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S.A. al desaparecer el interés legítimo que podría verse afectado por la adjudicación del citado Lote 74.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este cuarto motivo del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA** contra la resolución, de 3 de abril de 2016, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de videocirugía para los centros



sanitarios adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla”, respecto de la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) y de los Lotes 74 y 138 (Expte. PAAM 15/2014 CCA. 6C9SSXM).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la Agrupación 3 (Lotes 11 a 14) y de los Lotes 74 y 138, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal en Resolución de 18 de mayo de 2016.

CUARTO. 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.

