

**Recurso 111/2016****Resolución 165/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 14 de julio de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OXOID, S.A.** contra la resolución, de 3 de mayo de 2016, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Reina Sofía, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de las determinaciones analíticas a realizar en los laboratorios clínicos de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud de la provincia de Córdoba y de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir”, respecto de la Agrupación 37 (Lotes 329 a 333) (Expte. PA 25/2015 – 581/2015 - CCA. 6-38M4V), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de agosto 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 3 de noviembre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 211.

El valor estimado del contrato asciende a 36.019.445,18 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 mayo de 2016, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento. En concreto la Agrupación 37 (Lotes 329 a 333) se adjudicó a la empresa BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A.. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 4 de mayo de 2016 y remitida a la entidad ahora recurrente en escrito de la misma fecha, no constando en el expediente enviado a este Tribunal la fecha efectiva de remisión.

**CUARTO.** El 19 de mayo de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OXOID, S.A. (en adelante OXOID) contra la resolución de adjudicación de la Agrupación 37 (Lotes 329 a 333).

Dicho escrito de interposición del recurso fue remitido por el órgano de contratación junto con el informe al mismo, el expediente de contratación y el



listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada en este Tribunal el 31 de mayo de 2016.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal se solicita a OXOID 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 3 de junio de 2016.

**SEXTO.** El 7 de junio de 2016, este Tribunal dictó Resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la Agrupación 37 (Lotes 329 a 333).

**SÉPTIMO.** El 7 de junio 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, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la empresa BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A. (en adelante BIOMERIEUX).

## 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 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 4 de mayo de 2016 y remitida a la entidad ahora recurrente en escrito de la misma fecha, no constando en el expediente recibido en este Tribunal la fecha efectiva de remisión. No obstante, aun habiéndose remitido el mismo día 4 de mayo de 2016, al haber tenido entrada el recurso en el Registro de este Tribunal el 19 de mayo 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.

La recurrente cuestiona en su recurso la valoración efectuada por la comisión técnica de la oferta adjudicataria en la Agrupación 37 respecto al único criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “calidad de la solución propuesta”,



solicitando la anulación de la resolución de adjudicación.

Procede, en primer lugar, transcribir el contenido del citado criterio y del informe de valoración elaborado por la comisión técnica en lo que aquí interesa, y en segundo lugar, analizar los alegatos del recurso.

En la cláusula 7.3.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se describe el único criterio de adjudicación evaluables mediante juicio de valor con el siguiente tenor:

*“9. Calidad de la solución propuesta:*

*Se valorará con una puntuación de hasta 20 puntos, en base a:*

*9.1.1 Calidad de la solución. Se valorará específicamente la calidad de los reactivos de acuerdo a los ítems definidos al respecto, incluyéndose la valoración de la calidad de las muestras para aquellas agrupaciones o lotes en las que se hubieran solicitado. Se valorará la calidad de la solución tecnológica propuesta de acuerdo a criterios de rendimiento, flexibilidad y versatilidad de la propuesta de equipamiento.*

*9.1.2 Adecuación de la solución propuesta: Se valorará específicamente la adecuación de la solución propuesta y su plan de instalación a las características de los laboratorios de la provincia.*

*9.2.- Características del SIL. Se valorará de acuerdo a lo establecido en las características generales y específicas del PPT. Se valorará específicamente las características del SIL atendiendo a las funcionalidades que incluya en relación al proceso del laboratorio, experiencia en instalaciones multicentro, modelo de integración y propuesta de análisis de información. Solo se valorara este apartado para aquellas agrupaciones que se solicite SIL.*

*9.3.- Calidad/Adecuación de la propuesta de solución para la sala de extracciones. Se valorará la calidad de la sala de extracciones en términos de mejoras sobre la gestión del flujo de pacientes, seguridad y funcionalidad del proceso de extracción. Solo se valorara este apartado para la agrupación de Sistemas de extracción.*

*Se excluirán aquellas ofertas que no alcancen un mínimo de 6 puntos en este Criterio de valoración no automática.”*



Por su parte, en el anexo II del PCAP se describe la ponderación de los criterios de adjudicación; en él se establece para la Agrupación 37 que se requiere la “aportación de muestras” y que se utilizarán para la valoración de las ofertas los criterios de adjudicación descritos en el “panel 3”. En dicho panel, en cuanto al criterio evaluable mediante juicio de valor se establece lo siguiente:

*“9. Calidad de la solución propuesta. 9.1 Calidad de la solución y valoración de muestras. Ponderación 20 puntos.”*

Con base en dichos criterios, en el informe de valoración de las ofertas elaborado por la comisión técnica en lo que aquí interesa se recoge para la recurrente y la adjudicataria lo siguiente:

*“Agrupación 37: Generador de atmósferas.*

*(...)*

*- Las ofertas a valorar se corresponden con el nivel de ponderación de criterios P3 se valorará la calidad de la solución y valoración de muestras, con un máximo de 20 puntos.*

*- Ofertas recibidas:*

*(...)*

*• BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A. Valoración Técnica:*

*Sin preparación previa no requiriendo adición de agua. Con sobre para jarra grande, pequeña y/o bolsas.*

*Puntuación: 20 puntos*

*• OXOID, S.A.*

*Valoración Técnica:*

*Sin preparación previa no requiriendo adición de agua. Con sobre para jarra grande, pequeña y/o bolsas.*

*Puntuación: 20 puntos*



(...)".

De lo expresado en el informe técnico se deduce con claridad que para la comisión técnica, una vez aplicado el criterio “calidad de la solución y valoración de muestras”, las ofertas presentadas por la recurrente y por la adjudicataria presentan las mismas características por lo que son merecedoras de la misma puntuación.

Visto lo anterior procede, pues, analizar los alegatos del recurso. Al respecto, señala la recurrente que el hecho de que ambas valoraciones -de BIOMERIEUX y OXOID- hayan sido idénticas, supone, a su juicio, un error por cuanto si bien es cierto que los generadores de atmósfera de ambos licitadores no requieren adición de agua, no es menos cierto que BIOMERIEUX únicamente dispone de sobres de anaerobios y microaerofilia en el formato de jarra pequeña de 2,5 litros y para bolsas, pero no para jarras grandes de 3,5 litros. Sin embargo, OXOID sí dispone de sobres para jarras grandes de 3,5 litros, además de sobres y jarras pequeñas, según acredita en el documento informativo cuatro adjunto al recurso.

Concluye la recurrente, por ello, que no resulta admisible el otorgamiento a BIOMERIEUX de la máxima puntuación en dicha Agrupación 37, y sí, sin embargo, a OXOID, que debió resultar adjudicataria de la misma.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los alegatos de la recurrente.

BIOMERIEUX, como entidad interesada, alega que las especificaciones técnicas recogidas para la Agrupación 37 no requieren como formato concreto de jarra las de capacidad de 3,5 litros ya que en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) se especifica que “se suministrarán jarras de cierre hermético en número y capacidad adecuada al consumo de sobres”.

Concluye BIOMERIEUX que las jarras ofertadas en su proposición se adecuan en



número y capacidad al consumo de sobres, que es lo que se requiere por el PPT y, en línea con ello, la calidad de la solución y valoración de las muestras se ha puntuado en grado máximo.

**SEXTA.** Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente alega que por la comisión técnica en la valoración de la oferta de la adjudicataria se ha cometido un error pues dicha oferta únicamente dispone de sobres de anaerobios y microaerofilia en el formato de jarra pequeña de 2,5 litros y para bolsas, pero no para jarras grandes de 3,5 litros.

Al respecto, las pretensiones por parte de la recurrente de que la Mesa de contratación, a través de la comisión técnica, ha realizado una valoración incorrecta y parcial de determinado criterio evaluable 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 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 calificadores.

Asimismo, este Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones, por todas la citadas 227/2015 , 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 (...)».*



Así las cosas, y dado que la recurrente no esgrime falta de motivación o arbitrariedad en la valoración de la oferta de la adjudicataria, en el examen del presente alegato no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

En la cláusula 5 “Pruebas analíticas” del PPT se establece lo siguiente:

*“Para cada una de las Agrupaciones/Lotes las ofertas deberán cumplir, además de los aspectos generales definidos anteriormente, las prescripciones técnicas específicas definidas a continuación.*

*(...)*

*63. Generadores de Atmósfera (Agrupación 37). Lotes 329 a 333.*

*Sobres listo para su uso capaz de generar atmósferas de microaerofilia o anaerobiosis en sistema de jarras.*

*Equipamiento: Se suministraran jarras de cierre hermético en número y capacidad adecuada al consumo de sobres.”*

Pues bien, conforme a lo anterior y tal como han puesto de manifiesto el órgano de contratación en su informe al recurso y la entidad interesada en sus alegaciones al mismo, las especificaciones técnicas exigidas para la Agrupación 37 no requieren, como formato concreto de jarra, las de capacidad de 3,5 litros pues solo se especifica que “se suministrarán jarras de cierre hermético en número y capacidad adecuada al consumo de sobres”.

Asimismo, en la oferta de BIOMERIEUX contenida en el sobre 2 “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor”, a la que ha tenido acceso este Tribunal, se recoge lo siguiente:



*“Por la adjudicación de la Agrupación 37, BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A., cederá sin coste las Jarras según necesidades de los distintos laboratorios.*

*Inicialmente se cederán las siguientes jarras a cada centro, si existiera una necesidad mayor, se cederían sin coste.*

*Del mismo modo, podrían elegir también Jarras de 2,5 litros si lo prefieran.*

*Cesión inicial:*

- 2 Jarras de 7 litros con sus tapas, para laboratorio central Hospital Universitario Reina Sofía.*
- Una jarra de 7 litros con su tapa, para el Hospital Infanta Margarita.*
- Una jarra de 7 litros con su tapa, para el Hospital Valle de los Pedroches.*
- Una jarra de 7 litros con su tapa, para el Hospital Valle de Montilla”.*

Pues bien, con esa oferta realizada por BIOMERIEUX la comisión técnica ha entendido que la misma aporta sobre para jarra grande, pequeña y/o bolsas y, por ello y porque además presentaba la característica de no necesitar preparación previa ni adición de agua, ha sido merecedora de la máxima puntuación en el citado criterio técnico.

Para la comisión técnica, aplicando lo previsto en el PPT, el hecho de que las bolsas tengan una u otra capacidad no ha sido determinante en la puntuación pues lo determinante en ambas ofertas -de la recurrente y de la adjudicataria- ha sido el no necesitar preparación previa ni adición de agua y que se aporten sobres para jarra grande, pequeña y/o bolsas, y no que hayan de contener jarras de una determinada capacidad.

A la vista de lo anterior, en ambos casos, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia error en la valoración de la oferta de la adjudicataria en el criterio de adjudicación “calidad de la solución y valoración de muestras”.

En consecuencia, vistos los alegatos del recurso y la oferta técnica de la adjudicataria, la cual consta en el expediente remitido a este Tribunal, no se aprecia que en la valoración de ella con arreglo al citado criterio de adjudicación se



haya cometido error patente que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos, por lo que habiéndose cumplido los requisitos procedimentales y de competencia, no resulta acreditado que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica alegados por la recurrente, es decir, hemos de concluir que los términos y alegatos en que se funda el recurso no desvirtúan la presunción de certeza de que goza el juicio técnico del órgano evaluador.

Por último, el órgano de contratación manifiesta en su informe que, a su juicio, en la pretensión esgrimida por la recurrente existe una falta de fundamentación técnico-científica que conlleva una falta de viabilidad jurídica de la misma, pudiendo estimarse la existencia de temeridad procesal, conforme a lo previsto en el artículo 47.5 del TRLCSP, debiendo tenerse asimismo presente lo recogido en el Sentencia del Tribunal Supremo 3159/2004, de 14 de mayo, dictada en el recurso 4634/2001, que declara que la temeridad procesal puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*.

Pues bien, al hilo de lo anterior entiende este Tribunal que la pretensión de la recurrente se basa en una apreciación subjetiva según la cual la oferta de la adjudicataria debía haber sido menor valorada que la suya, por lo que no se aprecia que se hayan superado los límites de la temeridad, máxime cuando en este supuesto ambas ofertas -la de la recurrente y la de la adjudicataria- obtuvieron la misma puntuación en el total de la valoración de los criterios de adjudicación, acudiéndose a los criterios de desempate para determinar cual de ellas era la económicamente más ventajosa, por lo que la eventual estimación del recurso y la posible menor valoración de la oferta de la adjudicataria aunque fuese en grado mínimo, hubiese decantado la adjudicación a su favor.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

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 **OXOID, S.A.** contra la resolución, de 3 de mayo de 2016, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Reina Sofía, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de las determinaciones analíticas a realizar en los laboratorios clínicos de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud de la provincia de Córdoba y de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir”, respecto de la Agrupación 37 (Lotes 329 a 333) (Expte. PA 25/2015 – 581/2015 - CCA. 6-38M4V).

**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 37 (Lotes 329 a 333), cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal en Resolución de 7 de junio 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.

