

Recurso 109/2016**Resolución 168/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 14 de julio de 2016

VISTO el escrito denominado «recurso especial en materia de contratación» interpuesto por la entidad **MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.** contra la Resolución, de 19 de mayo de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se realiza corrección de errores de la Resolución de ejecución de la Resolución 47/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía relativa al contrato denominado “*Suministro de material específico de apósitos para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla*” (Expte. 346/2015, PAAM 80/2014), respecto del lote 28, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Con fecha 25 de febrero de 2016, este Tribunal dicta la Resolución 47/2016 por la que acuerda estimar el recurso especial en materia de



contratación interpuesto por MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. (en adelante MHC), anulando el acto impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado en lo relativo al Lote 28, para que se proceda a una nueva valoración de la oferta presentada por BSN MEDICAL, S.L.U. -otra de las entidades licitadoras- respecto del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor en los términos contenidos en la Resolución, con continuación del procedimiento, y ello, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no cometerse la infracción.

La mencionada Resolución fue notificada con fecha 26 de febrero de 2016 al órgano de contratación.

SEGUNDO. El 11 de mayo de 2016, el órgano de contratación dicta Resolución de ejecución de la mencionada Resolución 47/2016 de este Tribunal donde ratifica la adjudicación realizada con fecha 26 de noviembre de 2015, con relación a los Lotes 28 y 35, a las entidades COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. y MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. toda vez que cumplidos los trámites que ha supuesto la ejecución de la Resolución de este Tribunal manifiesta que no ha cambiado la clasificación de las ofertas en los Lotes afectados. Asimismo resuelve notificar la clasificación de las ofertas a los licitadores en el procedimiento.

TERCERO. Con fecha 19 de mayo de 2016 el órgano de contratación dicta Resolución de corrección de errores de la Resolución de ejecución citada en el antecedente de hecho anterior.

La mencionada Resolución rectifica las entidades que resultan adjudicatarias con respecto a los Lotes 28 y 35 que si bien, en la Resolución de 11 de mayo de 2016 se indica que son respectivamente “*COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. y MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.*” ahora se corrige y pasan a ser “*BSN MEDICAL, S.L.U. y COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.*” que eran las



entidades que originalmente habían resultado adjudicatarias.

CUARTO. El 30 de mayo de 2016, la entidad MHC presenta recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de 19 de mayo de 2016 de corrección de errores de la Resolución de ejecución de 11 de mayo anteriormente citada. En su escrito solicita además el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento.

QUINTO. El 31 de mayo de 2016, por parte de la Secretaría de este Tribunal se da traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, solicitándole además informe relativo al recurso presentado así como al mantenimiento de la suspensión solicitada por la recurrente, y el expediente de contratación con el listado de las entidades que hubieran participado en la licitación con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha petición fue reiterada con fecha 8 de junio de 2016, siendo así que la documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el mismo día 8 de junio de 2016.

SEXTO. Previa petición de la recurrente de mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación, y vistas las alegaciones efectuadas y suscritas por el órgano de contratación, este Tribunal en resolución, de 10 de junio de 2016, acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución, respecto del Lote 28.

SÉPTIMO. Con fecha 13 de junio de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Sobre la naturaleza del escrito presentado por MHC calificado como «recurso especial en materia de contratación».

Pese a que el escrito de MHC se califica por esta entidad de «recurso especial en materia de contratación», la propia recurrente advierte que *“es más que notorio que el error en la valoración técnica convenientemente considerado por el presente Tribunal, no ha sido solventado o corregido por el órgano, sino que este se ha visto incrementado”*.

Como se analizará más adelante, el objeto de este escrito se circunscribe única y exclusivamente a denunciar que no se ha dado debido cumplimiento a la decisión de este Tribunal adoptada en su Resolución 47/2016, de 25 de febrero, donde se acordaba que el órgano de contratación tenía que proceder a una nueva valoración de la oferta de BSN MEDICAL, S.L.U. con respecto al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor -Lote 28- y asimismo trasladar a la recurrente la motivación de las puntuaciones otorgadas con respecto al mencionado Lote. En definitiva, MHC combate que no solo no ha sido solventada la cuestión impugnada mediante la ejecución de la Resolución emitida por este Tribunal, sino que se ha agravado, por lo que insta del Tribunal un pronunciamiento dirigido a que se efectúe por el órgano de contratación lo exigido en la Resolución 47/2016.

Es por ello que no estamos propiamente ante un recurso especial contra la nueva resolución de adjudicación basado en una infracción del ordenamiento jurídico y específicamente del ordenamiento contractual, sino ante un incidente de ejecución de una resolución previa de este Tribunal que, a juicio de MHC, no ha sido debidamente ejecutada.



Para los incidentes de ejecución existe una regulación expresa en el artículo 36 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER, en adelante). El citado Reglamento entró en vigor el 25 de octubre de 2015 , por tanto, y al serle de aplicación al escrito presentado por la recurrente la regulación prevista en el precepto reglamentario citado, se ha de concluir que procede su calificación como incidente de ejecución pese a que la entidad empresarial lo denomine recurso especial y ello por aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.”*

SEGUNDO. La competencia para resolver el incidente de ejecución promovido corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 36.3 del RPER que, en su primer párrafo, dispone: *“Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.”*

TERCERO. Respecto a la legitimación para formular el incidente de ejecución, el Reglamento antes citado señala que podrán plantearlo los interesados. MHC tiene la condición de recurrente en la Resolución cuya ejecución se insta -Resolución 47/2016-, por lo que se halla legitimada para promover el presente incidente.

CUARTO. En cuanto al procedimiento para la resolución de los incidentes de ejecución, el artículo 36.3 del RPER prevé que *“A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.”*



Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles”

En el supuesto analizado, pese a haberse seguido la tramitación prevista para el recurso especial en los artículos 44 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en lugar de la señalada en el artículo 36.3 del RPER, en lo esencial, los trámites coinciden puesto que se ha dado traslado del escrito de MHC a efectos de alegaciones.

Asimismo, como consecuencia de haberse tramitado el incidente conforme a los preceptos señalados del TRLCSP, este Tribunal acordó el 10 de junio de 2016 el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, suspensión que procede declarar sin efecto como consecuencia de la presente la resolución.

QUINTO. Examinados los requisitos previos de admisión del incidente de ejecución promovido, procedemos a analizar la cuestión deducida en el mismo.

La recurrente combate dos cuestiones: a saber, en primer lugar que la Resolución de 11 de mayo de 2016 por la que se ejecuta la Resolución 47/2016, de 25 de febrero, no cumple lo en ella dispuesto, ni resulta congruente con el recurso, en tanto que siendo estimatoria con respecto a las pretensiones de la recurrente que se circunscribían al Lote 28, la Resolución de 11 de mayo de 2016 modifica la valoración efectuada de la oferta de la entidad BSN con respecto al Lote 35 y se ratifica con respecto al resultado final de las valoraciones realizadas en los Lotes 28 y 35.

En segundo lugar, la recurrente viene a reiterar los argumentos manifestados en su escrito de recurso, considerando con relación a la valoración de las ofertas con respecto al Lote 28 -objeto de la controversia- que a la vista de la Resolución que se recurre, así como del resumen de la clasificación y valoración de las ofertas, existe una patente falta de motivación. Cuestión que en su opinión



tampoco queda solventada en la Resolución de corrección de errores de 19 de mayo de 2016, respecto a la resolución de 11 de mayo de 2016, que se limita a rectificar el error en las entidades adjudicatarias designadas con respecto a los Lotes 28 y 35, como anteriormente se ha explicado.

Es por ello que la recurrente solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas con respecto al Lote 28.

SEXTO. La entidad recurrente manifiesta en su escrito que la Resolución de este Tribunal 47/2016, de 25 de febrero, estimaba las pretensiones esgrimidas por ella acordando -con respecto a Lote 28- la retroacción del procedimiento al momento anterior a su dictado, para que se procediese a una nueva valoración de la oferta de la entidad BSN, adjudicataria del lote, con respecto del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor, teniendo en cuenta lo establecido en sus Fundamentos de Derecho séptimo y octavo, con continuación del procedimiento y sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

La recurrente incide en el contenido de la mencionada Resolución y en concreto hace referencia a que en la misma se indica que *“Así las cosas, entiende este Tribunal que ha habido un error en la valoración, bien en la del Lote 28, bien en la del Lote 35 o en ambas. Sin embargo, en base al principio de congruencia solo puede revisar la valoración efectuada al lote 28”*.

Sobre lo anterior, la recurrente alega que el órgano de contratación se extralimita al ejecutar la aludida Resolución 47/2016, puesto que no solo retrotrae las actuaciones con respecto al Lote 28, sino que también lo hace con respecto al Lote 35. En este sentido argumenta que la variación que se produce como fruto de la ejecución por el órgano de contratación de la Resolución de este Tribunal es la exclusión de la oferta de BSN con respecto al lote 35 al no cumplir el suministro por ella ofertado con las prescripciones técnicas exigidas,



y por otro lado, con respecto al Lote 28, expone que se continúa sin justificar el motivo por el que la oferta de BSN obtiene 15 puntos.

El órgano de contratación manifiesta en su informe que la nueva valoración de las ofertas presentadas a los dos lotes en liza con respecto al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor es inevitable, y consecuencia de la propia argumentación que la recurrente sostiene en su recurso y que se basa en la valoración comparativa de las ofertas de los Lotes 28 y 35 a los que concurre la entidad BSN. Por ello, argumenta que la Comisión técnica tuvo que revisar las muestras de las dos ofertas presentadas a los Lotes 28 y 35 y realizar las observaciones que posteriormente se incluyeron en el documento de clasificación de las ofertas remitido a la recurrente.

Dicho lo anterior, hay que considerar que el órgano de contratación en ejecución de la Resolución 47/2016, procede efectivamente a realizar una nueva valoración de la oferta presentada por BSN respecto del criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor. Para ello se vuelve a reunir con fecha 10 de marzo de 2016 la Comisión Técnica que revisa la valoración que había realizado de la oferta de BSN con respecto a los Lotes 28 y 35, en el entendimiento de que el error cometido, como menciona nuestra Resolución, residía en la valoración efectuada con respecto a uno de los dos lotes o ambos.

Fruto del análisis se concluye lo siguiente “ * *Lote 35: apósito de espuma de poliuretano: se ha producido un error en la valoración técnica de la ref. con CIP: 100094359524 que presentó la empresa BSN. Este apósito presenta una capa de silicona en su cara interna, por lo que su ubicación correcta (y donde debía haber concurrido), es en el Lote 28: Apósito de espuma de poliuretano c/silicona.*

La puntuación correcta de la ref. de BSN en el Lote 35 debía haber sido 0 puntos y no 1 punto, al no cumplir con las características técnicas requeridas,



por contener una capa de silicona, cuando el producto licitado es apósito de espuma de poliuretano, no conteniendo silicona”.

Con respecto al Lote 28: apósito de espuma de poliuretano c/ silicona se indica en el informe que *“la valoración técnica y funcional del producto se centró en varios aspectos: 1) gestión del exudado. 2) adherencia y respeto de la piel perilesional. 3) capacidad de adaptarse a superficies irregulares (maleabilidad del apósito). En base a estas 3 consideraciones, nos reiteramos en la puntuación reflejada en el informe técnico.*

Entendemos que la referencia aportada por la entidad MHC, es la mejor por ello se le confieren 20 puntos. La referencia aportada por BSN presenta características similares, con la diferencia de que la de MHC resulta más moldeable, lo que le confiere una mejor capacidad de adaptarse a superficies irregulares, por ello se le otorgan 15 puntos”.

De lo anterior se infiere, que el órgano de contratación procedió a realizar una nueva valoración llegando a la conclusión de que el error se había producido en las puntuaciones otorgadas en el Lote 35, puesto que aunque efectivamente el producto que la entidad BSN ofertó fue similar en ambos Lotes, las necesidad que el órgano de contratación pretendía cubrir adquiriendo el suministro objeto del Lote 35 era diferente a la del Lote 28, ya que el apósito del Lote 35 no debía contener silicona y el del Lote 28 sí, derivando de esta cuestión la diferencia de puntuaciones.

No resulta competente este Tribunal para entrar a valorar el procedimiento utilizado por el órgano de contratación para la rectificación de las valoraciones con respecto al Lote 35, puesto que no fueron objeto del recurso, aunque resulta de interés señalar que la modificación efectuada por el órgano de contratación no afectó a la entidad inicialmente adjudicataria en el mismo que fue y sigue siendo COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.. Por otro lado, tras la modificación y motivación efectuada en las valoraciones sí resulta esclarecida la



causa por la que la entidad BSN obtuvo distintas puntuaciones ofertando un mismo producto a distintos lotes.

Y a todo ello, hay que añadir que en el presente supuesto se ha de considerar que la entidad MHC carece de legitimación para impugnar la mencionada actuación con respecto al Lote 35, ello con base al artículo 42 del TRLCSP que establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En este sentido, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, si el derecho subjetivo es siempre reconocible, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar esta, 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 el presente supuesto, se infiere que la entidad recurrente no puede obtener un beneficio fruto de una hipotética estimación de este motivo de recurso, y además hay que tener en cuenta -como se ha mencionado- que esta no licitó al Lote 35, por todo ello, no cabe sino desestimar este alegato de la recurrente.

SÉPTIMO. En segundo lugar la recurrente reitera los argumentos esgrimidos en su anterior recurso, en síntesis, expone que tanto para el Lote 35 como para el 28, la entidad BSN presenta el mismo suministro, en concreto el producto denominado *“Cutimed Siltec”* con la única variación del gramaje. En este sentido, para el Lote 28 se oferta la versión *“plus”* de *“175 g/m²+35 g/m² capa de silicona”* y para el Lote 35 la de *“60g/m² -150 g/m² capa de silicona”*. Expone que, a pesar de la similitud de los productos, la Comisión de valoración a la hora de valorar su oferta con respecto al criterio sujeto a juicio de valor



otorga a BSN en el Lote 28 “15 puntos” y sin embargo en el Lote 35, le concede “1 punto” -ahora con la rectificación realizada por Resolución de 11 de mayo de 2016, o puntos-, considera que ello denota un error en las valoraciones efectuadas. Además la recurrente alega la falta de motivación de la Resolución de ejecución de 11 de mayo de 2016, así como de la posterior de corrección de errores de 19 de mayo de 2016.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que la Resolución de este Tribunal 47/2016 consideró que efectivamente hubo un error en la valoración de las ofertas, bien con respecto al Lote 28, con respecto al Lote 35, o en ambos, pero que con base al principio de congruencia solo procedía ordenar la revisión de la valoración efectuada de la oferta de BSN con respecto al Lote 28. Con relación a la motivación del acto de adjudicación -también impugnada por la recurrente- consideró que no figuraba en el expediente que esta hubiera recibido la clasificación completa de las ofertas donde constaba la motivación de las valoraciones efectuadas.

Por ello, anuló la adjudicación, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado para que se procediese a una nueva valoración de la oferta de BSN respecto al criterio de adjudicación evaluable mediante juicios de valor, sin perjuicio de conservar aquellas partes del procedimiento, actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Con respecto a la primera de las cuestiones que alega la recurrente, este Tribunal considera que la controversia ya ha sido resuelta en el anterior Fundamento de Derecho; en este sentido, ha quedado esclarecido que las diferencias de puntuación se deben a la existencia de silicona en el producto ofertado para los distintos lotes por parte de la entidad BSN, restando tan solo analizar si dicha cuestión ha quedado suficientemente motivada en la comunicación realizada a la entidad recurrente de las calificaciones efectuadas.



La recurrente manifiesta que *“a la vista de la resolución que se recurre, así como al resumen de la clasificación y valoración de las ofertas, la misma padece una importante falta de motivación, sin que se pueda considerar suficiente, la motivación de la exclusión del Lote 35, ya que no forma parte de la controversia”*.

En el presente supuesto, la recurrente reconoce que ha recibido el resumen de la clasificación y valoración de las ofertas. En este documento se detallan las valoraciones de las distintas ofertas con respecto a los lotes 35 y 28. Resulta conveniente pues, reproducir el contenido de las valoraciones efectuadas en los distintos lotes para poder concluir si la motivación ha sido o no suficiente.

Con respecto al Lote 35, la oferta de la entidad BSN resulta excluida conteniéndose en el documento comprensivo de las clasificaciones la siguiente motivación *“este apósito presenta una capa de silicona en su cara interna, por lo que su ubicación correcta (y donde debía haber concurrido) en el SAS; SU.PC.SANI.01.00.01.200038 apósito de espuma de poliuretano con silicona”*.

En lo relativo al Lote 28, la oferta de BSN recibe 15 puntos con la siguiente motivación *“cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras sustanciales. Buena gestión del exudado, buena adherencia y protección de la piel perilesional”*. Por otro lado la oferta de la recurrente recibe 20 puntos con la siguiente motivación *“cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes. Buena gestión del exudado. Buena adherencia y protección de la piel perilesional y buena adaptación a superficies irregulares”*.

De lo anterior este Tribunal considera que la presente resolución junto con las clasificaciones remitidas no adolecen de falta de motivación como argumenta la entidad recurrente. Hay que tener en cuenta que supone requisito para la válida motivación del acto de comunicación de la adjudicación, que se incluyan las razones por las que se ha considerado que la oferta mejor valorada es superior a



las demás. Bajo ese presupuesto, este Tribunal considera que a la vista del cuadro de clasificaciones se desarrollan suficientemente los motivos por los que las distintas entidades obtienen las puntuaciones.

La doctrina sobre la motivación en la resolución de adjudicación, ha sido estudiada por este Tribunal en diversas ocasiones. Así, a modo de ejemplo en la Resolución 157/2016, de 6 de julio, que resolvía un recurso presentado por esta misma recurrente y aludiendo a Doctrina asentada de este Tribunal se indica que *“Como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, 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. Por tanto, la motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.*

Abundando en el criterio expuesto, 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”.

Con base en la argumentación realizada procede, pues, considerar que la Resolución de este Tribunal ha sido debidamente ejecutada.

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



ACUERDA

PRIMERO. Declarar que la Resolución 47/2016, de 25 de febrero, de este Tribunal ha sido debidamente ejecutada por el la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, y en consecuencia desestimar el incidente de ejecución presentado por la entidad **MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.**

SEGUNDO. 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.

