

Recurso 170/2016**Resolución 220/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 16 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON, S.A.** contra la Resolución, de 23 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de reactivos y material fungible para la realización de determinaciones analíticas para la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga y la APES Costa del Sol”, respecto de la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435) (Expte. 599/2015, CCA. 6IMN4KZ), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado 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 indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 3 de septiembre de 2015, en el Boletín Oficial del



Estado núm. 211.

El valor estimado del contrato asciende a 86.774.242,25 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, se rige por 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 recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento se dicta Resolución, de 23 de junio de 2016, por la que se adjudica el contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. En concreto la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435) se adjudica a la entidad VACUETTE ESPAÑA, S.A.. Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante el 27 de junio de 2016 y remitida por correo electrónico el mismo día a la ahora recurrente.

CUARTO. El 14 de julio de 2016 se presentó en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BECTON DICKINSON, S.A. (en adelante BECTON), contra la citada resolución de adjudicación, de 23 de junio de 2016, respecto de la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435).

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 15 de julio de 2016, se solicita a BECTON 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 este Tribunal el 18 de julio de 2016.



SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, de 15 de julio de 2016, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que aporte el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la solicitud de mantenimiento de la suspensión del procedimiento instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a todo lo solicitado el 22 de julio de 2016.

SÉPTIMO. Por este Tribunal, en Resolución, de 26 de julio de 2016, se acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución, respecto de la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435).

OCTAVO. Con fecha 26 de julio 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, habiéndolas presentado en el plazo señalado la entidad VACUETTE ESPAÑA, S.A. (en adelante VACUETTE).

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 del TRLCSP.



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

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del 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 dispone 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 aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 27 de junio de 2016, presentándose el recurso en el Registro de este Tribunal el 14 de julio de 2016, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se acuerde con respecto a la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435) la anulación de la resolución de adjudicación impugnada y la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.



La recurrente centra su recurso en combatir la valoración efectuada por el órgano de contratación de algunos de los criterios de adjudicación, por un lado, el criterio de evaluación automática “versatilidad de las presentaciones” y, por otro lado, el criterio evaluable mediante juicio de valor “calidad de la propuesta de solución para la sala de extracciones”.

Con respecto al primero de los motivos del recurso en el que la recurrente combate la valoración efectuada por el órgano de contratación del criterio de adjudicación de evaluación automática “versatilidad de las presentaciones”, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido del mismo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Al respecto se recoge lo siguiente en su cláusula 7.3.1. en relación con los criterios de evaluación automática:

“CRITERIOS AUTOMÁTICOS

(...)

8. Logística:

(...)

8.2.- Versatilidad de las presentaciones: Se valorará el compromiso de la empresa licitadora de adaptarse a las presentaciones requeridas por los diferentes laboratorios.

FÓRMULA: - Si la empresa se compromete a adaptarse a las presentaciones requeridas por los diferentes laboratorios: 100% de la puntuación.

*-Si la empresa **no** se compromete a adaptarse a las presentaciones requeridas por los diferentes laboratorios: 0 puntos.”*

Asimismo, ha de tenerse en cuenta el contenido en lo que aquí interesa de la cláusula 6.4.3. -Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas (Sobre nº 4)- del PCAP:

“Documentación técnica.



El licitador deberá incluir en este sobre un índice de las agrupaciones/lotes a que licite, e incluyendo exclusivamente la documentación que se expone a continuación para valorar los criterios técnicos de adjudicación automáticos (...).

En el supuesto de que las empresas licitadoras no presenten la documentación técnica con la información requerida, y la forma de presentación no sea la solicitada, la oferta técnica no será evaluada, y por lo tanto, se rechazará.

(...).

8 LOGÍSTICA

(...)

8.2 Versatilidad de las presentaciones:

Documento en el que se oferte el compromiso de adaptar sus presentaciones a las condiciones establecidas por el laboratorio.”

Sobre el particular alega la recurrente que a los efectos de adaptar las presentaciones a los requerimientos de los diferentes laboratorios, presentó el 29 de marzo de 2016 un escrito a la Mesa de contratación con el único objeto de aclarar su oferta técnica, en el hipotético caso de que la mencionada Mesa tuviera dudas al respecto, donde de nuevo constataba su compromiso a adaptarse a las presentaciones requeridas por los diferentes laboratorios.

Afirma la recurrente que pese a la extrema diligencia con la que ha actuado, siempre enmarcada en los más estrictos términos de la legalidad vigente y pese a que la oferta presentada a este respecto cumplía desde el primer momento las especificaciones generales requeridas por los laboratorios en cuanto a la presentación, la Mesa de contratación omitió el escrito de aclaraciones a la oferta, vulnerando los más elementales principios rectores de la contratación pública, no dando por corregido o subsanado un simple error de redacción, que en todo caso debió ser amparado por lo dispuesto en los siguientes artículos 22 y 84 del RGLCAP, 70.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 82 del TRLCSP. Asimismo, la recurrente para reforzar su argumento sobre la posibilidad de corregir o completar la oferta, trae a colación a título de ejemplo la Resolución 41/2015, de 10 de febrero, de este Tribunal.



Concluye el recurso que, en virtud de lo anterior, se solicita la retroacción de las actuaciones en este punto en tanto que se ha efectuado una valoración que no ofrece correspondencia alguna con la realidad de la oferta realizada, admitiéndose la aclaración que ha realizado el 29 de marzo de 2016, mediante el escrito de aclaraciones presentado y se tome nota de su firme compromiso de adaptarse a las presentaciones requeridas por los diferentes laboratorios.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la documentación aportada en el sobre 4 por BECTON para la participación en la licitación, recoge en cuanto al apartado 8.2 "Versatilidad de las presentaciones" un detalle de las presentaciones de cada uno de los lotes que contemplan la Agrupación 44. Es decir, un detalle de la forma de presentación de cada uno de los lotes: unos lotes en caja de 100 tubos, y otros en caja de 50 tubos. O sea, detalla la presentación que ofrece a la Administración en relación a cada lote que especifica la citada Agrupación 44, y cuya presentación es similar a la exigida, previamente, en el PPT.

Es obvio entender, afirma el informe al recurso, que dicha información no es ningún documento que refleje el "compromiso de adaptar sus presentaciones a las condiciones establecidas en el laboratorio", exigido por el mencionado criterio 8.2, porque en caso de necesitarse una presentación diferente a la descrita por el licitador no existe obligación empresarial de facilitarla; en base a ello, le corresponde una puntuación de cero puntos, tal como se le ha otorgado por la comisión técnica encargada de la valoración de los citados criterios.

Así pues, a juicio del órgano de contratación, el contenido literal de la oferta de la recurrente realizada en el sobre 4 y aportada en el plazo de presentación de ofertas no hace referencia a "compromiso alguno" sino solo a la presentación que cada lote tiene. Por tanto, la aclaración que pretende la recurrente solo es posible cuando la presentación previa de la información facilitada en plazo necesita de algún detalle, que no modifica su contenido ni supone una alteración, en relación a la información previamente facilitada. Al hilo de lo



anterior, matiza el informe, en el presente supuesto la pretensión empresarial no puede ser acogida como una aclaración de la oferta realizada, sino como una nueva oferta, por lo que no procede otorgarle puntuación alguna por ese criterio.

En ningún caso, afirma el órgano de contratación, en la citada documentación aportada en el sobre 4 existe el más mínimo indicio que permita pensar al comité técnico correspondiente que existe la voluntad empresarial de "adaptación exigida", lo cual hubiera llevado, en este último extremo, a solicitar aclaración al respecto. Lo que ha acontecido, a su juicio, es la presentación de una documentación -el escrito de 29 de marzo de 2016- que modifica sustancialmente la oferta inicialmente realizada, y eso no entra dentro del propio ámbito de la "aclaración" documental, que jurídicamente puede apreciarse.

Concluye el órgano de contratación en su informe al recurso que de haberse admitido lo solicitado por la recurrente, se vulneraría el principio de igualdad de trato y transparencia exigido en la contratación pública, pues se la daría un trato preferente a la recurrente cuando de la documentación aportada no le correspondería, máxime cuando la comprensión de la información a presentar por cualquier licitador para la aplicación del citado criterio automático es lo suficientemente simple y sencilla como para poder ser entendida por los mismos, cuestión que los otros licitadores si han cumplimentado en los términos exigidos.

VACUETTE, como entidad interesada, alega que en el anexo 5 de la resolución de adjudicación, se constata que la recurrente obtuvo cero puntos en el criterio de adjudicación de evaluación automática "versatilidad de las presentaciones", de lo cual se infiere que no se comprometió a adaptarse a las presentaciones requeridas por los diferentes laboratorios conforme exigía el PCAP.



Por su parte, afirma VACUETTE, en relación a la presentación por la recurrente del escrito de aclaraciones en la fecha de apertura de los sobres 3 y 4, que el mismo no constituye una verdadera aclaración sino que contrariamente supone una modificación de su oferta que en la práctica equivale a formular una nueva, ampliando y variando el contenido de la misma y con ello vulnerando el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que resulta del mismo.

Acto seguido, VACUETTE transcribe el contenido del artículo 84 del RGLCAP, afirmando que es evidente que la recurrente utiliza la vía de las aclaraciones al efecto de subsanar el error cometido en su oferta a la hora de poner de manifiesto un determinado compromiso que, tal y como prohíbe el citado artículo 84, altera el sentido inicial de la oferta motivo por el cual no puede admitirse como así lo entendió el órgano de contratación. Para reforzar su alegato trae a colación el Acuerdo 23/2014, de 8 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Concluye VACUETTE que el escrito de aclaraciones presentado por la recurrente no obedece a una petición del órgano de contratación sino a su decisión espontánea en un intento injustificable de subsanar la omisión del compromiso solicitado, hecho que se ha dicho constituye una variación inadmisibles de su oferta que por ello debe ser desatendida conforme entendió el órgano de contratación.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del asunto, en el que la recurrente solicita que se le admita el escrito de aclaraciones de su oferta presentado el 29 de marzo de 2016.

Pues bien, en cuanto a la posibilidad o no de la Mesa de contratación, o en su caso, del órgano de contratación de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas por los licitadores -o aceptar las presentadas *motu proprio* por los licitadores como pretende la recurrente-, este Tribunal ha tenido ocasión de



manifestarse en reiteradas ocasiones (v.g. resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 108/2016, de 20 de mayo, y 163/2016, de 6 de julio, entre otras).

Al respecto, es necesario poner de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP), pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica.

Por tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Esta conclusión se desprende de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que se afirma que *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”*, dado que *“en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”*. Por otro lado, destacaba la misma sentencia, que *“no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”*,



pues *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”*.

Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en modo alguno supongan alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción al licitador afectado de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.
3. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

En conclusión, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta a la Mesa o al órgano de contratación, sino una posibilidad que tiene



cuando entiende que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando entienden que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario no están obligados a solicitar aclaración si, a su juicio, la oferta es lo suficientemente clara y precisa.

En el presente supuesto, y según ha podido comprobar este Tribunal en el expediente de contratación remitido al efecto, en el sobre 4, de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, en relación con el criterio de adjudicación objeto de controversia, solo se contiene un detalle de las presentaciones de cada uno de los lotes que contemplan la Agrupación 44, indicando para cada uno de ellos las características de los productos ofertados así como el país de fabricación y las referencias, códigos de barras, embalajes y unidades que contiene, pero ningún documento que refleje el "compromiso de adaptar sus presentaciones a las condiciones establecidas en el laboratorio" exigido por el citado criterio de adjudicación "versatilidad de las presentaciones".

Así las cosas, la Mesa de contratación solo podía actuar de dos formas: si entendía que la oferta era lo suficientemente clara y precisa, no estaba obligada a solicitar aclaración, proceder que comparte plenamente este Tribunal a la vista del contenido del sobre 4 de la oferta de la recurrente, y si, por el contrario, entendía que la oferta de la recurrente requería aclaraciones suplementarias o corrección de errores materiales en la redacción de la misma, debía solicitar aclaración.

Como se ha expuesto anteriormente, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta a la Mesa o al órgano de contratación, sino una posibilidad que tienen cuando entienden que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando entienden que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario, como se ha puesto de manifiesto en el caso que nos ocupa, no están obligados a solicitar aclaración si entienden que la oferta es lo suficientemente clara y precisa.



Mucho menos puede la Mesa o el órgano de contratación admitir aclaraciones -a las ofertas- presentadas voluntariamente por los licitadores sin haber sido requeridos para ello, cuando como el presente caso suponen una clara modificación y/o ampliación del contenido de la oferta inicialmente presentada. Lo contrario, esto es admitir el escrito presentado por la recurrente modificando el contenido de su oferta, supondría un ataque frontal al principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En este sentido se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO (entidad contratante) no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)”*.

En consecuencia, debe soportar la recurrente las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de su oferta.

Procede, pues, la desestimación de este primer motivo del recurso.

SEXTO. Con respecto al segundo de los motivos del recurso en el que la recurrente combate la valoración efectuada por el órgano de contratación del criterio evaluable mediante juicio de valor “calidad de la propuesta de solución



para la sala de extracciones”, y con objeto de centrar los términos del debate procede traer a colación el contenido del mismo previsto en el PCAP. Al respecto en lo que aquí interesa se recoge lo siguiente:

“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.”

Por su parte, en el informe de valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, en lo que aquí interesa, se recoge la motivación siguiente para la puntuación otorgada a la entidad adjudicataria (10 puntos) y a la recurrente (7 puntos):

“VACUETTE:

*Cumple las prescripciones técnicas, siendo la **oferta que presenta mayores mejoras** sobre la gestión del flujo de pacientes, seguridad y funcionalidad del proceso de extracción. Los aspectos más destacados son los siguientes, en especial son más determinantes para su valoración los resaltados:*

- Modulo de gestión de citas: Sistema de informatización del proceso preanalítico CodeSystem con la integración de la cita del paciente en el sistema.*
- **Posibilidad de conexión a MPA-Diraya, Modulo de Citación de Diraya (Gestión de citas Salud Responde) y SIL; con gestión y optimización de contenedores a utilizar y Conexión a impresora de etiquetas. (*)***
- Sistemas de Llamadas: Sitema Qnet.*
- Quiosco para distribución de turnos, Sistema de avisos audibles y paneles de de visualización mediante pantallas, con gestión de turnos especiales.*
- Equipamiento de los Box de extracción.*



• *Selección informatizada de tomos y llamadas para el personal extractor, distribución y **selección de etiquetas identificativas (CodeSystem)** información detallada de la toma de muestra y de las incidencias producidas relacionado la petición, la cita y el profesional que la realiza.”*

“**BECTON:**

*Cumple las prescripciones técnicas, **con mejoras significativas** sobre la gestión del flujo de pacientes, seguridad y funcionalidad del proceso de extracción. Los aspectos más destacados son los siguientes:*

- *Módulo de gestión de citas: Informatización del procedimiento preanalítico con la integración de la cita del paciente en el sistema.*
- *Aportando módulo de confirmación de peticiones MPA-Diraya para la secretaria de Laboratorio.*
- *Sistemas de Llamadas:*
- *Quiosco para distribución de turnos.*
- *Sistema de avisos audibles y paneles de de visualización mediante pantallas.*
- *Gestión de turnos especiales y pruebas funcionales*
- *Equipamiento de los Box de extracción:*
- *Selección informatizada de turnos y llamadas para el personal extractor, distribución y selección de etiquetas identificativas.*
- *Información detallada de la toma de muestra y de las incidencias producidas relacionado la petición, la cita y el profesional que la realiza.”*

Por su parte, la entidad recurrente en su recurso se opone a la valoración efectuada por el órgano de contratación del criterio evaluable mediante juicio de valor “calidad de la propuesta de solución para la sala de extracciones”, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, disponga con respecto a la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435) la anulación de la adjudicación impugnada y la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para que las mismas puedan ser clasificadas de conformidad con los criterios de valoración establecidos en los pliegos.



Basa su alegato la recurrente en los siguientes argumentos:

A su juicio, sorprende en gran medida que en la valoración efectuada a VACUETTE de los aspectos definidos en el PCAP respecto al criterio no automático 9.3, se hace referencia a las mismas características de la solución ofertada por BECTON, sin tener la oferta de VACUETTE, a su juicio, ninguna característica adicional, por lo que entiende que la similitud de ambas ofertas, lo ha de ser en sus términos generales, existiendo diferencias y particularidades para cada una de las soluciones propuestas.

Afirma que en la solución ofrecida por VACUETTE existen particularidades totalmente incompatibles con las recomendaciones de organismos internacionales sobre la identificación de pacientes y muestras, siendo esta cuestión uno de los puntos críticos especificados en el PCAP, a la hora de establecer un proceso seguro y eficiente para la extracción de muestras y su posterior uso para diagnósticos. Concretamente, la recurrente se refiere al sistema descrito por la adjudicataria como "Distribución y selección de etiquetas identificativas (CodeSystem®), el cual se basa en tubos preetiquetados en fábrica; es decir, tubos que están etiquetados antes de la extracción de sangre y pueden ser asignados a una petición electrónica de forma previa a la extracción. Estos tubos, por tanto, según su parecer, no se etiquetan tras la extracción y estando el paciente presente, que es lo indicado por las recomendaciones internacionales (Organización Mundial de la Salud y Clinical and Laboratory Standards Institute, entre otras).

Por todo lo anterior y en vista de las recomendaciones internacionales, queda patente, a su juicio, que la solución "CodeSystem®" ofertada por VACUETTE no solo no favorece la seguridad del protocolo de extracción, como se especifica en el PCAP, sino que va en contra de las recomendaciones internacionales en los protocolos de extracción de sangre.



Señala la recurrente que el comité técnico de valoración realiza una detallada descripción en cuanto a las características del producto ofertado por VACUETTE en comparación a las vagas descripciones de las ventajas que presenta la solución ofertada por BECTON. Le sorprende ya que, a excepción del sistema denominado "CodeSystem®" ofertado por la adjudicataria y analizado anteriormente, el resto de elementos ofertados por ambas casas comerciales son completamente similares, como los módulos de citación Diraya y SIL, e incluso superados en la oferta presentada por BECTON, ya que su solución incluye la conexión MPA-Diraya, frente a la "posibilidad de conexión" que indica la solución de VACUETTE, con los problemas en términos de compatibilidad y, por tanto, tiempo, que puede suponer.

Finalmente, cabe destacar, según su parecer, que la valoración de las soluciones ofertadas en otras Plataformas Logísticas del Servicio Andaluz de Salud, como son las de Huelva y Sevilla, ha ido totalmente en línea con lo establecido en citadas recomendaciones internacionales que garantizan el cumplimiento de los estándares de seguridad y calidad.

De esta forma, señala la recurrente, resulta chocante que para este expediente, no solo no resulta igualmente ventajosa la solución de BECTON frente a la de VACUETTE, sino que es considerada como inferior sin argumentaciones técnicas que amparen esta decisión. Para reforzar su alegato la recurrente manifiesta adjuntar con su recurso la resolución del expediente 298/2015 de la plataforma de Huelva, donde ante las mismas ofertas se puntuó preferentemente su solución frente a la de la adjudicataria.

Concluye la recurrente que por cuanto antecede, debe tenerse en cuenta y ser apreciado por el Tribunal que la mencionada valoración carece de justificación alguna, resultando incomprensible que su oferta obtenga una valoración, no ya igual, sino inferior a la obtenida por la adjudicataria, resultando incontestable que la actuación del órgano de contratación no se ajusta a derecho y por lo tanto debe ser corregida.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso realiza las siguientes afirmaciones:

En el informe técnico sobre criterios no automáticos se detalla en negrita el elemento esencial que hace diferente a la oferta realizada por VACUETTE frente a la de BECTON y que expresamente es "*Posibilidad de conexión a MPA-Diraya, Módulo de citación de Diraya (Gestión de citas Salud Responde) y SIL; con gestión y optimización de contenedores a utilizar y Conexión a impresora de etiquetas*".

En su recurso, la recurrente no desvirtúa el contenido de la actuación administrativa, sino que se ha limitado a establecer determinados aspectos, meramente subjetivos y partidistas, que no han evidenciado error alguno en la actuación de la valoración realizada.

Así, afirma el órgano de contratación, en relación al aspecto de seguridad que cuestiona la recurrente, se expone que el sistema CodeSystem ofrecido por la adjudicataria, funciona tanto con tubos preetiquetados como con tubos sin etiquetar y dado que en la oferta de contenedores a la que hace referencia la Agrupación 44, los contenedores o tubos licitados son "sin etiquetar", el sistema ofertado CodeSystem se adapta, tal y como viene reflejado en la oferta. Este sistema está en funcionamiento actualmente en otros centros, tanto con tubos preetiquetados como sin etiquetar.

Señala el informe al recurso que aclarado esto y en respuesta a lo manifestado por BECTON respecto a las recomendaciones internacionales sobre la identificación de la muestra y del paciente, hay que poner de manifiesto que el uso de tubos preetiquetados no supone ninguna merma en la seguridad del paciente. El tubo preetiquetado necesita tras la extracción de un proceso de "incorporación", proceso descrito en Diraya por el cual el enfermero extractor asocia el código de barras impreso en el tubo a la petición electrónica. En el caso de tubos sin etiquetar, el enfermero extractor debe colocar manualmente el



código de barras en el tubo y hecho esto, "incorporar" este código a la petición electrónica. En cualquiera de los dos casos, Diraya requiere el proceso de "incorporación", garantizando la identificación inequívoca muestra-paciente.

Afirma el informe al recurso que según la recurrente la valoración realizada por la comisión técnica correspondiente, en el presente expediente y en relación a ese mismo criterio no automático, no es coincidente con la obtenida por esa empresa en otras Plataformas Logísticas Sanitarias, a lo cual el órgano de contratación expresa que no corresponde prejuzgar o valorar las actuaciones que otros órganos realicen, dentro de lo que a su cometido de competencia objetiva, funcional y territorial corresponda.

Por último, el órgano de contratación pone de manifiesto que el citado informe técnico de criterios no automáticos ha sido realizado por un total de nueve profesionales sanitarios vinculados a los diversos centros sanitarios existentes (siete Jefes de Servicio, un Jefe de Sección y un Facultativo Especialista de Área), todos con amplia experiencia y reconocido prestigio en el ámbito del ejercicio de la actividad profesional en el laboratorio de un centro sanitario público, habiéndose realizado, a su juicio, un estudio concienzudo y detallado de cada una de las ofertas realizadas como así se justifica en el citado informe.

VACUETTE, como entidad interesada, en su escrito de alegaciones realiza las siguientes afirmaciones:

A su juicio, existen diferencias y particularidades en cada una de las soluciones propuestas que justifican la obtención de puntuaciones diferentes. En este caso en particular, las soluciones ofertadas relativas a los sistemas de gestión de turnos y sistemas preanalíticos, son funcionalmente distintos en ambas casas comerciales. Así pues, bajo el criterio del órgano de contratación su oferta se ajusta de forma más óptima a las necesidades de cada centro, obteniendo por ello una mejor puntuación que el resto de licitadores, ofertando productos como: dispositivo para visualización de venas Vein Viewer, mamparas de



separación, sillones de extracción, neveras de transporte de muestras, sistemas de gestión de turnos, sistema preanalítico Vacuette CodeSystem Basic y sistemas de etiquetado automático VIP System.

Contrariamente a lo que la recurrente pretende hacer creer, el sistema ofertado por VACUETTE -CodeSystem Basic- es totalmente compatible con la utilización de tubos no preetiquetados, extremo éste que fue comprobado por el órgano de contratación y puede ser verificado también por el Tribunal consultando la documentación presentada en su oferta y que consta en el expediente de contratación. Dicho sistema CodeSystem ofertado, a su entender, es una solución que constituye una evolución técnica que ha sido favorablemente valorada por el órgano de contratación, por el hecho de que aumenta la seguridad en la identificación de pacientes y muestras y evita errores habituales que existían con los métodos convencionales.

En este sentido, afirma VACUETTE que la recurrente, de forma torticera, sea dicho en estrictos términos de defensa, trata de confundir al Tribunal pues lo cierto es que su oferta presenta la posibilidad, que no la necesidad, de utilizar este tipo de tubos preetiquetados en un futuro si ello fuese considerado adecuado para el usuario, atendiendo a sus requerimientos técnicos, sin que esto suponga un coste añadido para la Administración, por lo que ha entenderse por ello que se ofrece un valor añadido, favoreciendo la innovación, reduciendo errores preanalíticos y aportando un ahorro económico.

Asimismo, afirma VACUETTE que, a su juicio, en lo que entiende constituye un acto desesperado por alcanzar la adjudicación, la recurrente aporta como ejemplo del supuesto mal proceder del órgano de contratación, una resolución de adjudicación favorable a ella que como es evidente corresponde a un expediente de contratación diferente, con unas necesidades a satisfacer diferentes y que, por tanto, no puede ser comparado con el actual expediente de contratación ni con su adjudicación.



Concluye la entidad interesada que atendido cuanto antecede no cabe duda que el motivo que ha llevado a la recurrente a impugnar la adjudicación de este procedimiento con tan alto grado de temeridad no es otro que el de continuar suministrando su producto a la Plataforma Provincial de Málaga, que debería ser atendida por VACUETTE y no por BECTON, que sigue manteniendo su condición de suministradora de forma artificiosa en tanto en cuanto no se resuelva el presente recurso especial con el consiguiente quebranto económico a VACUETTE y grave perjuicio al interés público.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del asunto, en el que la recurrente se opone a la valoración efectuada por el órgano de contratación del criterio evaluable mediante juicio de valor “calidad de la propuesta de solución para la sala de extracciones”, solicitando una nueva valoración al entender que la realizada carece de justificación alguna pues, a su juicio, resulta incomprensible que su oferta obtenga una valoración, no ya igual, sino inferior a la obtenida por la adjudicataria, resultando incontestable que, según su parecer, la actuación del órgano de contratación no se ajusta a derecho y por lo tanto debe ser corregida.

En ese sentido, la recurrente requiere de este Tribunal la revisión de una resolución que, a su juicio, desde el punto de vista técnico y objetivo, resulta incorrecta al otorgar a su oferta una puntuación inferior a la de la adjudicataria y todo ello a pesar de que su producto ofrece una solución superior al presentado por la adjudicataria.

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 -nueve en este caso- 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, 114/2016, de 20 de mayo y 165/2016, de 14 de julio, 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 las citadas 227/2015 , 283/2015, 114/2016 y 165/2016, 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 (...)».*

En el presente supuesto, la comisión técnica ha entendido, y así lo ha plasmado en el informe emitido al efecto, que la oferta de la adjudicataria contiene un elemento esencial que la hace diferente de la oferta realizada por la recurrente y que expresamente es *"Posibilidad de conexión a MPA-Diraya, Módulo de citación de Diraya (Gestión de citas Salud Responde) y SIL; con gestión y optimización de contenedores a utilizar y Conexión a impresora de etiquetas"* y, por ello, a su juicio, ha sido merecedora de la máxima puntuación en el citado criterio técnico, diez puntos frente a los siete obtenidos por la recurrente.

A la vista de lo anterior, de lo previsto en el citado criterio de adjudicación, del contenido de las ofertas de la recurrente y de la adjudicataria y del contenido del informe técnico emitido por la comisión evaluadora, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia falta de motivación, arbitrariedad o error en la



valoración de la oferta de la adjudicataria y de la recurrente en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “9.3.- Calidad/Adecuación de la propuesta de solución para la sala de extracciones”.

No puede admitirse el alegato de la recurrente en el que hace referencia a la valoración obtenida por ella y por la empresa recurrente en otro procedimiento de adjudicación, pues se trata de expedientes de contratación distintos que pueden tener necesidades a satisfacer diferentes, que pueden haberse ofertado productos no necesariamente iguales, incluso con tecnologías más o menos innovadoras, que afecta a órganos de contratación distintos y que han sido valorados por comisiones técnicas evaluadoras diferentes, con mayor o menor número de miembros y con mayor o menor experiencia en el sector y con apreciaciones subjetivas que, sin duda, pueden diferir.

En consecuencia, no apreciándose falta de motivación, arbitrariedad o error patente que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos, y 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.

Procede, en consecuencia, desestimar este segundo motivo del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. En su recurso la recurrente, además de las alegaciones precedentes ya analizadas, hace una serie de manifestaciones relacionadas con sus alegatos anteriores. En concreto señala la procedencia de revisar la resolución adoptada por el órgano de contratación por ser contraria a derecho, que los pliegos son la ley entre las partes y que se han vulnerado los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración Pública, así como que concurren las causas de nulidad de los



procedimientos de selección de los proveedores de la Administración. Dichas manifestaciones pretenden fundamentar jurídicamente su pretensión de combatir la valoración efectuada por el órgano de contratación de algunos de los criterios de adjudicación, por un lado, el criterio de evaluación automática “versatilidad de las presentaciones” y, por otro lado, el criterio evaluable mediante juicio de valor “calidad de la propuesta de solución para la sala de extracciones”, pretensiones que han sido ya examinadas y dictaminadas por este Tribunal en los fundamentos de derecho anteriores, por lo que procede, asimismo, su desestimación.

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 **BECTON DICKINSON, S.A.** contra la Resolución, de 23 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de reactivos y material fungible para la realización de determinaciones analíticas para la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga y la APES Costa del Sol”, respecto de la Agrupación 44 (Lotes 414 al 435) (Expte. 599/2015, CCA. 6IMN4KZ).

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 44 (Lotes 414 al 435), cuyo



mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 26 de julio 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.

