

Recurso 321/2016**Resolución 28/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la Resolución, de 2 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares SU.PC.SANI.04.06 (cadera) para los centros sanitarios que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de la provincia de Cádiz”, respecto a las agrupaciones de lotes 2 y 4 (Expte. 138/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 15 de abril de 2016, 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 la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 30 de abril de 2016 en el Boletín Oficial del Estado nº 104.



El valor estimado del contrato asciende a 3.252.704,40 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

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

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 2 de diciembre de 2016 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, la agrupación 2 fue adjudicada a la empresa ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. y la agrupación 4 a la empresa STRYKER IBERIA, S.L.

La citada resolución fue remitida a los licitadores y publicada en el perfil de contratante el 13 de diciembre de 2016.

CUARTO. El 30 de diciembre de 2016, la entidad SMITH & NEPHEW, S.A.U. (SMITH & NEPHEW, en adelante) presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución citada en el antecedente previo.

QUINTO. Mediante oficio de 3 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación se recibió



en este Tribunal los días 12 y 20 de enero de 2017.

SEXTO. El 24 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en el plazo concedido la entidad STRYKER IBERIA, S.L. (STRYKER, en adelante)

SÉPTIMO. El 27 de enero de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto de las agrupaciones de lotes 2 y 4 del contrato.

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. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se deduce frente a la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. En consecuencia, procede el recurso especial de conformidad con lo estipulado 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 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 13 de diciembre de 2016, presentándose el recurso el 30 de diciembre, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez examinados los requisitos de admisión del recurso, hemos de entrar en el examen de sus motivos. SMITH & NEPHEW solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato respecto de las agrupaciones de lotes 2 y 4 y funda su pretensión en una serie de motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, impugna la adjudicación de la agrupación 2 (lotes 9 y 10) al considerar que en el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor se han introducido aspectos y prescripciones no incluidos en los pliegos que rigen la convocatoria. En concreto, la recurrente muestra su desacuerdo con la evaluación de su oferta en el subcriterio de adjudicación sujeto a juicio de valor *«nivel de la valoración funcional»* -ponderado con un máximo de 5 puntos y con un umbral mínimo de 2 puntos- dentro del criterio *«valoración funcional»* que está ponderado con un máximo de 30 puntos.

Respecto al citado subcriterio, el Anexo A al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) establece que: *«En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación, la calidad del material objeto del suministro, la composición, medidas, dimensiones y los parámetros de calidad de los artículos ofertados y la facilidad de aplicación y de uso, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objetos de contratación.»*



Las ponderaciones y escalas de valoraciones del presente criterio son las que a continuación se detallan para cada una de las agrupaciones y lotes objeto de contrato:

Ponderación para agrupaciones 1, 2, 3 y 4 y lotes 25, 26 y 27

Ponderación de 0 a 5 puntos.

Escala de puntuación

NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL

MUY BUENO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta mejoras significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 4 puntos a 5 puntos.

BUENO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta alguna mejora en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 3 puntos e inferior a 4 puntos.

ADECUADO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y no presenta mejoras en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 2 puntos e inferior a 3 puntos.

DEFICIENTE: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas pero presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 0 puntos e inferior a 2 puntos.

UMBRAL MÍNIMO: 2 PUNTOS. Si la puntuación obtenida por una oferta en este criterio de adjudicación es inferior al umbral mínimo, dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Si la oferta no es adecuada a las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen, el PCAP o el PPT, quedará excluida de la licitación».

El informe técnico señala lo siguiente respecto al subcriterio examinado: «En primer lugar, es necesario traer a colación el argumento expuesto en que la presente agrupación (denominación técnica prótesis de cadera NO cementada con economía ósea) está configurada para dar cobertura asistencial a aquellos pacientes (catalogados principalmente como adultos jóvenes, menores de 55 años) en los que se



permita preservar la mayor existencia posible de tejido óseo esponjoso en el fémur proximal, así como permitan una mejor adaptación anatómica para que la intervención, por la tipología de paciente descrita, sea lo menor agresiva posible, permitiendo posibles reintervenciones.

Se indicaron en el apartado de observaciones con el símbolo () aquellas ofertas presentadas que NO cumplían con el requisito exigido para valorar en el criterio 3.4, explicitándose en la presenta valoración funcional tal circunstancia, dado que algunos de los tamaños de vástagos ofertados hacen que los productos no sean adecuados para el tipo de paciente y la técnica asistencial para las que se utilizan».*

En tal sentido, al valorar la oferta de la recurrente se señala lo siguiente: «*presenta para el lote 9 tamaños de vástagos que no se adecuan al tipo de paciente y técnica asistencial. Por lo tanto, la oferta se considera DEFICIENTE, valorándose con 0 puntos*».

Frente a esta valoración, se alza SMITH & NEPHEW en su escrito de recurso señalando que “*esta suerte de conservación ósea no se encuentra en modo alguno prevista en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la convocatoria, ni tampoco en el Anexo A al cuadro resumen*”, por lo que solicita la anulación de la adjudicación de la agrupación 2, con retroacción del procedimiento para que se valore adecuadamente su oferta.

Por su parte, en el informe al recurso, el órgano de contratación aduce que la recurrente incurre en error, toda vez que la causa que motiva la exclusión de su oferta no es el incumplimiento de las especificaciones técnicas del producto, sino la calificación del mismo como inadecuado otorgándole 0 puntos, impidiendo ello alcanzar el umbral mínimo de 2 puntos para continuar en el proceso selectivo.

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de examinar este primer motivo donde la recurrente denuncia que en la valoración de su oferta se han tenido en cuenta aspectos o prescripciones no incluidas en los pliegos que rigen la convocatoria.



Ya hemos visto que la agrupación 2 comprende los lotes 9 y 10. La valoración que cuestiona la recurrente afecta al producto que ofertó al lote 9, siendo la descripción de dicho lote la siguiente: *«vástago no cementado recubierto material cerámico. Composición: titanio; posición: ambidiestro; curvatura: estándar; apoyo en calcar: no»*.

El Anexo A al cuadro resumen del PCAP establece los aspectos o parámetros que se deben tomar en consideración a la hora de valorar las ofertas con arreglo al subcriterio *«nivel de la valoración funcional»*. Estos aspectos son la calidad del material, composición, medidas, dimensiones, facilidad de aplicación y de uso, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objeto de contratación.

Sobre esta base, la comisión técnica asigna 0 puntos a la oferta de la recurrente aplicando la escala prevista en el citado Anexo A para la valoración de las ofertas con arreglo al subcriterio que examinamos. En dicha escala se prevé la calificación de deficiente con una puntuación inferior a 2 puntos, cuando el artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas pero presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración.

La razón de aquella puntuación estriba en que el tamaño de vástagos presentados en el lote 9 no se adecua al tipo de paciente y técnica asistencial, extremo este que la comisión técnica ha justificado en el hecho de que los productos de esta agrupación 2 dan cobertura asistencial a pacientes menores de 55 años en los que se permita preservar la mayor existencia de posible tejido óseo esponjoso en el fémur proximal, así como presenten una mejor adaptación anatómica para que la intervención sea lo menos agresiva posible, permitiendo posibles reintervenciones.

Desde esta perspectiva, hemos de concluir que, siendo la medida del vástago uno de los aspectos que definían el subcriterio objeto de examen según el PCAP, no puede afirmarse -como hace la recurrente- que en la valoración de la oferta



se hayan tenido en cuenta aspectos no definidos en los pliegos. Otra cosa es que la asignación de 0 puntos con la calificación de deficiente por el tamaño de la prótesis obedezca a las razones que expresa el informe técnico y que tienen que ver con la técnica asistencial y tipo de paciente al que van dirigidas.

Así pues, no se aprecia por parte de este Tribunal que la valoración de la oferta de la recurrente se haya efectuado acudiendo a parámetros o prescripciones no previstos en el PCAP, estando amparado el criterio de la comisión por el principio de discrecionalidad técnica, cuyos límites tampoco consta que hayan sido rebasados.

Es más, si lo que cuestiona la recurrente es que su oferta haya sido excluida por incumplimiento de prescripciones técnicas no previstas en los pliegos, hemos de dar la razón al órgano de contratación cuando aduce que esta no ha sido la causa que ha motivado la exclusión de la oferta. Si el producto ofertado en el lote 9 de la agrupación 2 no hubiese cumplido las prescripciones técnicas, se hubiera excluido de plano la oferta. En cambio, en el supuesto analizado, la prótesis ofertada por SMITH & NEHPHEW al lote 9 sí ha sido valorada al cumplir las prescripciones técnicas exigidas; lo que ocurre es que la comisión técnica ha considerado el producto deficiente por las razones esgrimidas en su informe, puntuándolo con 0 puntos tal y como prevé el pliego, siendo esto lo que ha determinado la exclusión de la oferta del proceso selectivo, al no haber alcanzado el umbral mínimo de 2 puntos previsto en el PCAP para el subcriterio «*nivel de valoración funcional*».

Con base en lo argumentado se desestima el motivo analizado.

SEXTO. En los dos alegatos siguientes, SMITH & NEPHEW denuncia la errónea valoración de su oferta en la agrupación 4 (lotes 19 a 24).

En primer lugar, denuncia la ponderación de su oferta en el subcriterio de adjudicación «*nivel de la valoración funcional*» que, como ya hemos visto en el



anterior fundamento, cuenta con un máximo de 5 puntos y un umbral mínimo de 2.

El informe técnico señala respecto a la oferta de SMITH & NEPHEW que «(...) presenta para el lote 19 vástagos con offset estándar y extendido, pulidos; en el lote 20 presenta hasta 200 de ceja; en el lote 21 presenta amplio tallaje y cabeza de 28 y 32, en 28 con extensión +8, +12 y +16; en el lote 22 presenta versatilidad de longitudes de cuello; en el lote 23 presenta hasta el tamaño de +12; en el lote 24 presenta variabilidad de gama, estándar, + y -.

La oferta se considera BUENA, valorándose con 3,75 puntos. En comparativa con la oferta mejor valorada, presenta alguna mejora (ceja de hasta 200, tamaño de +12 en cabeza de aleación metálica) y tiene variabilidad de medidas y tallas, pero no presenta mejoras en cuanto a su utilización (por ejemplo, sistemas que permitan una mejor presurización del cemento)” y en cuanto a la oferta de STRYKER (adjudicataria de la agrupación 4) que « (...) presenta para el lote 19 vástagos pulidos sin collarete que permiten una mejor presurización del cemento y vástagos displásicos (35,5-3mm); en el lote 20 presenta una buena gama de tallas en cotilo sin ceja, con cabeza de 28 y 32; en el lote 21 presenta un amplio tallaje y cabeza de 28 y 32, en 28 con extensión +8; en el lote 22 presenta versatilidad de longitudes, y a partir de 44 permite compatibilizar con cabeza de 26 y 28; en el lote 23 presenta tamaño de hasta +8 y +12; en el lote 24 presenta variabilidad de gama, estándar, +y-.

La oferta se considera MUY BUENA, valorándose con 4,5 puntos. Se valora como la mejor oferta dado que es la que presenta mayor gama de tamaños, mayor variabilidad de medidas, compatibilidad y mejoras en su utilización (presurización del cemento). Sin embargo, no se otorga la máxima ponderación asignada al criterio, entendiéndose que siempre es posible mejorar en la calidad/sistemas ofertados (ejemplo, medida de hasta +16 en cabezas de acero inoxidable)».

Frente a tal valoración de la comisión técnica, se alza la recurrente alegando que no es cierto que STRYKER haya presentado mayor gama de tamaños y mayor variabilidad de medidas, puesto que es su oferta la que ha aportado mayor número de referencias al procedimiento (118 CIPs frente a 112 CIPs de STRYKER) y que si bien el informe técnico indica que su oferta no presenta



mejoras en cuanto a su utilización -como por ejemplo sistemas que permitan una mejor presurización del cemento-, la técnica quirúrgica que ofertó sí incluía esta característica.

Es por ello que solicita la anulación de tal valoración.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que la comisión técnica valora la gama de tamaños y medidas de cada uno de los lotes y no el número de CIPs. Asimismo, señala que es erróneo el razonamiento de la recurrente relativo a que su oferta es menos valorada porque no incluye sistemas de presurización del cemento, ya que es imprescindible incluir este sistema para las prótesis cementadas. Por tanto, lo que se valora positivamente en la oferta adjudicataria es que el vástago pulido sin collarete permite una mejor presurización, sin que la recurrente haya argumentado que su sistema de presurización sea mejor que el catalogado como tal por la comisión técnica.

Finalmente, STRYKER se opone al motivo expuesto con argumentos semejantes a los del órgano de contratación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de este nuevo motivo donde la recurrente denuncia la errónea valoración de su oferta a la agrupación 4 en el subcriterio de adjudicación «*nivel de la valoración funcional*». En el mismo, la oferta de STRYKER obtiene 4,5 puntos sobre un máximo de 5 y la de SMITH & NEPHEW recibe 3,75.

Según la recurrente, esta valoración de su oferta es errónea por las razones que antes hemos indicado; no obstante, ha de darse la razón al órgano de contratación cuando señala que lo que se ha valorado positivamente en la oferta adjudicataria es el hecho de haber presentado mayor gama de tamaños y mayor variabilidad de medidas y no la circunstancia de ser la oferta que haya aportado mayor número de CIPs. De otro lado, tampoco se evidencia el error denunciado



por la recurrente de que el informe técnico no haya tomado en consideración que su oferta sí incluía un sistema que permite la presurización del cemento.

En tal sentido, como señala el órgano de contratación, aquel sistema es imprescindible para las prótesis cementadas, por lo que no se ha cuestionado en el informe técnico si las ofertas lo incluían o no -ya que tenían que comprenderlo-; y que lo único que se ha valorado positivamente en la oferta adjudicataria es la mejor presurización que permite el vástago pulido sin collarete.

Por consiguiente, debe desestimarse también este alegato de la recurrente por cuanto no se aprecia en el informe técnico los errores de valoración que se denuncian en el escrito de recurso.

SÉPTIMO. En el último motivo, SMITH & NEPHEW considera que su oferta a la agrupación nº4 ha sido erróneamente valorada en el subcriterio de adjudicación «*plan de formación*», ponderado con un máximo de cinco puntos, dentro del criterio de evaluación no automática «*valoración funcional*». Esgrime que su oferta ha obtenido cero puntos en el subcriterio señalado por considerar la comisión técnica que propone como única docente de todas las actividades formativas a una persona con categoría de enfermera, no cumpliendo el mínimo exigido en el PPT de contar al menos con una actividad formativa para facultativos especialistas, cuyo docente sea de categoría igual o superior a los discentes a los que va dirigida.

La recurrente sostiene que tal afirmación de la comisión técnica no se ajusta a la realidad, ya que su plan de formación es plenamente acorde a los pliegos e incluye la impartición de cursos por facultativos expertos en la materia. En tal sentido, afirma que incluyó en su oferta una declaración expresando que la formación propuesta comprendía la presencia de traumatólogos expertos en el sistema, y que presentó un dossier técnico detallando el programa de visita a



cirujano experto (VPS) y el programa reverso de visita a cirujano experto (RVSP).

No obstante, señala la recurrente que la comisión técnica ha omitido toda esta documentación, basando su errónea valoración en la mención realizada en su oferta a una diplomada de enfermería como docente. Además, aduce que el órgano de contratación ha actuado con excesivo formalismo al privarle de valoración y, de facto, impedirle optar a la adjudicación, sin solicitarle ninguna aclaración.

Refuerza sus argumentos alegando que esta falta de valoración ha vulnerado el principio de igualdad de trato, que concurre causa de nulidad en el procedimiento de selección y que no queda afectada la discrecionalidad técnica de la Administración si este Tribunal insta al órgano de contratación a revisar la valoración de su oferta, dada la objetividad de los hechos expuestos.

Por su parte, en el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que la oferta de la recurrente no ha sido valorada porque no cumple los mínimos establecidos, ya que el único docente ofertado -para acciones formativas dirigidas a facultativos especialistas de área en traumatología- es una diplomada en enfermería, vulnerando el requisito de los pliegos donde se exige que el docente sea de categoría igual o superior a los discentes.

Además, sostiene que, junto a la declaración responsable de formación ofertada, la recurrente incorpora otros documentos que no forman parte de su plan de formación específico para esta contratación; entre ellos, se encuentra el programa RVSP que, cumpliendo el contenido mínimo del PPT, no está incluido en la oferta formativa específica de SMITH & NEPHEW.

Por ello, a juicio del órgano de contratación, no se ha incurrido en error al estimar que la proposición de la recurrente incumplía los contenidos mínimos fijados en los pliegos para el plan de formación, siendo así que una aclaración de



su oferta hubiera supuesto la modificación de sus términos, bien por cambio del docente, bien por incorporación del programa RVSP al plan de formación propuesto.

Por último, la entidad STRYKER, en sus alegaciones al recurso, manifiesta que la recurrente incumplió el pliego de prescripciones técnicas (PPT) en cuanto al requisito de que el docente tuviera titulación igual o superior a los facultativos a los que iba dirigida la actividad formativa. Asimismo, señala que dicho incumplimiento no puede ser objeto de aclaración ni de subsanación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión suscitada, a fin de determinar si ha sido o no correcta la falta de valoración de la oferta de la recurrente a la agrupación 4 en el subcriterio de adjudicación «*plan de formación*». Para ello, debemos partir de la definición del citado subcriterio en el PCAP, así como de la oferta presentada por SMITH & NEPHEW en cuanto al plan de formación y de su valoración por la comisión técnica.

El Anexo A al cuadro resumen del PCAP define el subcriterio relativo al plan de formación del modo siguiente:

«PLAN DE FORMACIÓN.- 5 PUNTOS

Común para todas las agrupaciones (1, 2, 3 y 4) y lotes (25, 26 y 27).

Se valorará el plan de formación que supere los mínimos detallados en el PPT, conforme a la siguiente escala, con un máximo de 5 puntos:

VALOR	DESCRIPCIÓN	ESCALA
Nº DE ACTIVIDADES CON LOS CONTENIDOS MÍNIMOS	Se valorará el número y adecuación de actividades ofertadas y cuyo contenido ha sido considerado como mínimo, siempre que las mismas estén relacionadas con la actividad asistencial, conforme a la siguiente escala:	MUY BUENO: 1 PUNTO: se ofertan más de 10 actividades relacionadas con la actividad asistencial BUENO: 0,50 PUNTOS: se ofertan entre 5 y 10 actividades relacionadas con la actividad asistencial ADECUADO: 0,25 PUNTOS: se ofertan entre 1 y 4 actividades relacionadas con la actividad asistencial NO ADECUADO O DEFICIENTE: 0 PUNTOS: las actividades formativas no están relacionados con la actividad asistencial o no consta



VALOR	DESCRIPCIÓN	ESCALA
Nº DE ACTIVIDADES QUE SUPERAN LOS CONTENIDOS MÍNIMOS	Se valorará el número y adecuación de actividades ofertadas y cuyo contenido supera el considerado como mínimo (por ejemplo: organización del material, mantenimiento y limpieza; Normas de esterilización; Gestión logística; otras cuestiones asistenciales; etc), siempre que las mismas estén relacionadas con la actividad asistencial, conforme a la siguiente escala:	MUY BUENO: 1 PUNTO: se ofertan más de 10 actividades relacionadas con la actividad asistencial BUENO: 0,50 PUNTOS: se ofertan entre 5 y 10 actividades relacionadas con la actividad asistencial ADECUADO: 0,25 PUNTOS: se ofertan entre 1 y 4 actividades relacionadas con la actividad asistencial NO ADECUADO O DEFICIENTE: 0 PUNTOS: las actividades formativas no están relacionados con la actividad asistencial o no consta
TIPO DE ACCESO A LA ACTIVIDAD	Se valorará el tipo de acceso a las actividades ofertadas, siempre que las mismas estén relacionadas con la actividad asistencial, conforme a la siguiente escala:	MUY BUENO: 1 PUNTO: se oferta la modalidad presencial para todas las actividades ofertadas relacionadas con la actividad asistencial BUENO: 0,50 PUNTOS: se ofertan combinadas la modalidad presencial y on line para las actividades ofertadas relacionadas con la actividad asistencial ADECUADO: 0,25 PUNTOS: se oferta la modalidad on line para las actividades ofertadas relacionadas con la actividad asistencial, sin que se oferte modalidad presencial para ninguna de las mismas NO ADECUADO O DEFICIENTE: 0 PUNTOS: las actividades formativas no están relacionados con la actividad asistencial o no consta
DURACIÓN DE LA ACTIVIDAD	Se valorará la duración de las actividades ofertadas, siempre que las mismas estén relacionadas con la actividad asistencial, conforme a la siguiente escala:	MUY BUENO: 1 PUNTO: se oferta una duración superior a 15 horas para todas las actividades relacionadas con la actividad asistencial BUENO: 0,50 PUNTOS: se oferta una duración inferior a 15 horas para algunas de las actividades relacionadas con la actividad asistencial y superior a 10 horas ADECUADO: 0,25 PUNTOS: se oferta una duración igual o inferior a 10 horas para algunas de las actividades relacionadas con la actividad asistencial NO ADECUADO O DEFICIENTE: 0 PUNTOS: las actividades formativas no están relacionados con la actividad asistencial o no consta
DISCENTE	Se valorará la impartición de las actividades ofertadas a otras categorías profesionales diferentes	SI: 1 PUNTO: se propone la impartición de actividades formativas relacionadas con la actividad asistencial sean impartidas a diferentes categorías (Personal de Enfermería, Auxiliares de Enfermería y Celadores)



VALOR	DESCRIPCIÓN	ESCALA
	a las consideradas como mínimo, siempre que las mismas estén relacionadas con la actividad asistencial:	NO: o PUNTOS: las actividades formativas ofertadas sólo se impartirán a Facultativos Especialistas de Área, no están relacionados con la actividad asistencial o no consta »

Asimismo, para la valoración de este subcriterio se señala en el citado Anexo del cuadro resumen que será necesario aportar un cuadro en el que se detallen los siguientes parámetros:

Nº de actividad	Contenido	Tipo de acceso (presencial/ on line)	Duración (horas)	Docente (titulación y cualificación profesional)	Discente
1					
2					
...					

Por otro lado, el apartado 2.3.7 del PPT prevé como obligación del contratista la presentación de un plan de formación que deberá cumplir los siguientes requerimientos:

1. Estar dirigido como mínimo a Facultativos Especialistas.
2. Contar al menos con una actividad formativa que tenga los siguientes contenidos mínimos:
 - Características diferenciales de los implantes.
 - Técnica quirúrgica.
 - Instrumental específico.
3. Acciones y recursos de formación:
 - Para los contenidos mínimos detallados, se exigirá que el docente sea de categoría igual o superior a los discentes a quienes va dirigido.
 - Se impartirán las actividades formativas que se consideren necesarias para una adecuada prestación asistencial, previo visto bueno por la Gerencia de cada uno de los Centros Sanitarios vinculados al contrato.

Pues bien, la oferta realizada por la recurrente en cuanto al plan de formación se refiere a los siguientes contenidos mínimos:



N.º de actividad	Contenido	Tipo de acceso (presencial/on line)	Duración	Docente (titulación y cualificación profesional)	Discente
15 acciones formativas	Técnica quirúrgica, presentación de instrumentales, presentación de implantes, cursos nacionales e internacionales de formación con traumatólogos expertos en el sistema, soporte técnico en cirugía, programas de visita a cirujanos en otros centros (VSP´s)	Presencial	2 h	G.V (Diplomada en enfermería)	Facultativos especialistas de área en Traumatología

Además, de estas actividades que oferta como mínimas, se compromete a otras acciones formativas presenciales impartidas por la misma docente y dirigidas a facultativos especialistas de área en traumatología y otro personal.

La comisión técnica, al valorar dicha oferta, señala que el PPT exige como mínimo una actividad formativa dirigida a facultativos especialistas, cuyo docente sea de categoría profesional igual o superior a los discentes, y que SMITH & NEPHEW incumple estos requerimientos mínimos al proponer como única docente de todas sus actividades formativas a una persona con categoría de enfermera. Como consecuencia de lo anterior, la oferta de la recurrente a la agrupación 4 no es valorada en el citado subcriterio, y ello se traslada igualmente a la resolución de adjudicación impugnada.

Frente a tal decisión se alza SMITH & NEPHEW en su escrito de impugnación esgrimiendo error en la valoración efectuada por la comisión técnica, ya que entiende que su oferta incluía la presencia de traumatólogos expertos en el sistema, y que presentó un dossier técnico detallando el programa de visita a cirujano experto (VPS) y el programa reverse de visita a cirujano experto



(RVSP), por lo que, a su juicio, el órgano de contratación ha actuado con excesivo formalismo al privarle de valoración y, de facto, impedirle optar a la adjudicación, sin solicitarle ninguna aclaración.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en la redacción del subcriterio «*plan de formación*» contenida en el Anexo A al cuadro resumen del PCAP se hace constar expresamente que “*se valorará el plan de formación que supere los mínimos detallados en el PPT*”, lo que, a sensu contrario, implica que no serán valoradas en el citado subcriterio las ofertas que incumplan aquellos requerimientos mínimos.

El PPT exige, al menos, una actividad formativa con unos contenidos mínimos dirigida a facultativos especialistas y cuyo docente sea de categoría profesional igual o superior. Por ello, y pese a los argumentos de la recurrente para fundamentar que los cursos serán impartidos por facultativos, es un dato cierto e indubitado de su oferta la mención expresa a que la docencia en todos los cursos propuestos será impartida por una diplomada en enfermería. No puede imputarse, pues, error de valoración a la comisión técnica. Al contrario, si como intenta argumentar la recurrente, su plan de formación respetaba las previsiones de los pliegos, el error ha sido suyo al deslizar en su oferta la mención equivocada a una persona diplomada de enfermería como docente en cursos dirigidos a facultativos especialistas de área en traumatología.

Y este hecho no admite prueba en contrario; puede aceptarse que se trate de un error no intencionado en la oferta, pero su comisión es un dato incuestionable, al igual que lo es el hecho de que el error no puede ser subsanado, como más adelante se analizará.

En tal sentido, la recurrente insta una nueva valoración de su plan de formación teniendo en cuenta que el mismo cumple todas las previsiones del PPT. No obstante, tal pretensión no puede prosperar pues supondría obviar la existencia de un claro error en la indicación del personal docente de los cursos.



Por otro lado, tampoco puede admitirse que la comisión técnica actuara con excesivo rigor y formalismo al no valorar la oferta sin solicitar aclaración sobre la misma. Cualquier posibilidad de aclaración o subsanación tendría como límite infranqueable la no modificación de la oferta inicial y en el supuesto analizado, difícilmente podría solventarse la equivocación padecida si no es sustituyendo como docente a la persona diplomada en enfermería propuesta e indicando, en su lugar, otra con la categoría de facultativo especialista, lo que claramente habría supuesto la alteración de la oferta inicial.

Al respecto, la Resolución 4/2016, de 14 de enero, de este Tribunal analizó un supuesto semejante señalando que *<<(…) debe considerarse acertada la decisión de la mesa de contratación de no valorar la oferta de INIBSA en el criterio de adjudicación examinado, sin que el citado órgano viniese tampoco obligado a solicitarle aclaración -como argumenta la recurrente- por cuanto los términos de su compromiso eran ya claros y contenían una reserva insoslayable. Es más, por vía de aclaración, el licitador podría haber modificado los términos de su oferta inicial reinterpretando su declaración en los términos en que lo hace ahora en vía de recurso>>*.

Sobre la posibilidad de aclaración de las ofertas y sus límites, también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión y el resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales. En tal sentido, ilustra sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) que sobre la oferta imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego viene a declarar lo siguiente:

<<(…) 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.

Además, 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. Por otra parte, estos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que 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 sujetos de igual manera que los demás candidatos.

(...) Sin embargo, dicho artículo 2 no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga en realidad a proponer una nueva oferta (...)>> .

De la argumentación de la Sentencia pueden extraerse dos conclusiones claras, a saber, que la posibilidad de aclarar una oferta debe interpretarse de modo restrictivo siendo factible únicamente si con ello no se modifica o propone una nueva oferta y que la aclaración no es en todo caso un derecho del licitador cuya proposición se haya formulado en términos imprecisos, pues debe partirse de la premisa de que el mismo ha incumplido el deber de diligencia que le es exigible en la elaboración de su oferta.

En el supuesto analizado, se aprecia falta de diligencia por parte de la recurrente en la elaboración del plan de formación ofertado por cuanto comete error al señalar como docente a una persona con categoría profesional inferior a los discentes. Además, no estamos ante un supuesto de aclaración de un término impreciso, sino ante una equivocación manifiesta que no puede ser aclarada, sino solo corregida o subsanada omitiendo el dato erróneo e introduciendo el



dato correcto, lo que a todas luces supondría una modificación de la oferta inicial, contraria al principio de igualdad de trato en la licitación y que beneficiaría injustamente al licitador poco diligente.

Finalmente, hemos de indicar que el resto de argumentos esgrimidos por la recurrente pretenden reforzar el alegato principal que acabamos de examinar, por lo que aquellos han de correr la misma suerte que este. En tal sentido, SMITH & NEPHEW denuncia que la falta de valoración de la oferta ha vulnerado el principio de igualdad de trato, que concurre causa de nulidad en el procedimiento de selección y que no queda afectada la discrecionalidad técnica de la Administración si este Tribunal insta al órgano de contratación a revisar la valoración de su oferta, dada la objetividad de los hechos expuestos.

Es obvio que ninguno de estos alegatos puede prosperar. Es más, si se hubiera valorado el plan de formación ofertado por la recurrente, se le habría dispensado el mismo trato que a un licitador cumplidor del pliego y ello sí hubiera supuesto una vulneración del principio de igualdad de trato.

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

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la resolución, de 2 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares SU.PC.SANI.04.06 (cadera) para los centros sanitarios que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de la provincia de Cádiz”, respecto a las agrupaciones de lotes 2 y 4 (Expte. 138/2015).



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, cuyo mantenimiento, respecto a las agrupaciones de lotes 2 y 4, fue acordado por Resolución de este Tribunal de 27 de enero de 2017.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

