

Recurso 272/2017**Resolución 278/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA** contra la Resolución, de 26 de octubre de 2017, del órgano de contratación por la que se requiere determinada documentación a aquellas empresas que han presentado la oferta económicamente más ventajosa a los distintos lotes del contrato denominado “Suministro de material de laparoscopia y suturas mecánicas para los hospitales de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir”, y por la que se pone de manifiesto la exclusión de su oferta, entre otros, respecto del Lote 4 (Expte. PA15/APESHAG-1234567/17), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, ente instrumental adscrito a la Consejería de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 11 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó, el 15 de abril de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 90.



El valor estimado del contrato asciende a 1.241.540,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

TERCERO. Mediante Resolución, de 26 de octubre de 2017, del órgano de contratación se acuerda requerir determinada documentación a aquellas empresas que han presentado la oferta económicamente más ventajosa a los distintos lotes del citado contrato, y se pone de manifiesto la exclusión por la mesa de contratación de la oferta, entre otros, al Lote 4 de la entidad APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA. Dicha resolución fue notificada a la citada entidad mediante correo electrónico el 27 de octubre de 2017.

CUARTO. El 17 de noviembre de 2017 se presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA (en adelante APPLIED), contra la exclusión de su oferta respecto del Lote 4, que le fue puesta de manifiesto por la mencionada Resolución, de 26 de octubre de 2017.

QUINTO. Por la Secretaría de este Tribunal, con fecha 20 de noviembre de 2017, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones relativas a la medida provisional de suspensión



instada por la recurrente y el listado de las entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el 27 de noviembre de 2017.

SEXTO. Con fecha 29 de noviembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. (en adelante MEDTRONIC).

SÉPTIMO. Mediante Resolución, de 30 de noviembre de 2017, este Tribunal adopta la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto del Lote 4.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso 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 objeto de la licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la resolución por la que se pone de manifiesto la exclusión por la mesa de contratación de la oferta respecto del Lote 4, 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. b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2.b) del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

Teniendo en cuenta que la resolución en la que se pone de manifiesto la exclusión fue notificada a la ahora recurrente el 27 de octubre de 2017, al haberse interpuesto el recurso el 17 de noviembre de 2017 en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo señalado para ello.

En este sentido, no puede admitirse la alegación de extemporaneidad alegada por MEDTRONIC, argumentando que la misma recurrente reconoce en su recurso (página 5, párrafo tercero) que se le comunicó por la mesa de contratación la puntuación y la exclusión con fecha 22 de septiembre de 2017.

Al respecto, el párrafo tercero de la página 5 del recurso dice expresamente lo siguiente: *“En fecha 22 de septiembre de 2017, tras la emisión del Informe Técnico sobre los criterios evaluables mediante juicio de valor, la Mesa de Contratación procedió a la comunicación de la puntuación otorgada a cada una de las ofertas presentadas”*.



No obstante, tal alegación de la entidad MEDTRONIC de notificación verbal, efectuada por la mesa de contratación o por técnicos de aquella, no puede admitirse. En efecto, estas notificaciones verbales del acto de exclusión no dejan constancia fehaciente de que el contenido íntegro del acto notificado haya sido conocido adecuadamente por la reclamante. Al respecto, no puede olvidarse que la notificación de los actos debe efectuarse por medios adecuados y suficientes.

En este sentido, cuando no hay constancia fehaciente de la adecuada recepción por el destinatario del contenido íntegro del acto verbal notificado, no puede entenderse que el medio de notificación es adecuado y suficiente en los términos exigidos por el artículo 40.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por lo demás, este criterio ya sido sostenido por este Tribunal, entre las más recientes, en las Resoluciones 425/2015, de 17 de diciembre, 41/2017, de 2 de marzo, 177/2017, de 15 de septiembre y 183/2017, de 19 de noviembre.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente solicita a este Tribunal que, previos los trámites oportunos, se estime el recurso interpuesto y se proceda a anular la Resolución, de 26 de octubre de 2017, en lo relativo a la exclusión de su oferta respecto del Lote 4, así como las decisiones derivadas, como la declaración de la oferta de MEDTRONIC a dicho lote como la económicamente más ventajosa, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de la Resolución, de 26 de octubre de 2016, en la que se pone de manifiesto la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.



En este sentido, en la fundamentación octava de dicha resolución se dispone que en la mesa de contratación, de 22 de septiembre de 2017, se acuerda excluir a la entidad ahora recurrente, respecto del lote 4, por no alcanzar el umbral mínimo de 15 puntos. Dicho acuerdo de exclusión le fue notificado a APPLIED, como se ha expuesto anteriormente, mediante correo electrónico el 27 de octubre de 2017.

La recurrente, por su parte, en su escrito de recurso se opone a su exclusión, respecto del Lote 4, en base a dos argumentos, por un lado, una incorrecta valoración de su oferta, y por otro lado, una imputación de puntos no previstos en el pliego en los distintos subapartados -subcriterios- en que se divide el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor “calidad y eficacia de uso”.

Al respecto, en el anexo VII-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se recogen los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor de la siguiente forma:

“Características técnicas.

Se valorarán aspectos tales como:

Calidad de los productos y su fabricación, rentabilidad y eficacia y facilidad de utilización, conforme a las características técnicas preferibles reflejadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, para cada uno de los lotes.

Puntos máximos: 30 puntos.

Umbral mínimo: 15 puntos.”

Por su parte, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) define en su cláusula cuarta dichas características técnicas preferibles, que respecto del lote 4 son las siguientes:

“Características preferibles (0-30):

1.- Seguridad (0-5 puntos):



- Se valorarán elementos o tecnología que protejan la integridad del paciente durante la intervención.

2.- Calidad y eficacia de uso (0-25 puntos):

- Posibilidad de corte y sellado.

- Sellado con tecnología de tipo bipolar.

- En el tipo de mosquito, con posibilidad de elección de corte, con sellado y corte en el mango.

- En el de cirugía abierta, 10 MM, con punta curva.

- Rentabilidad de uso y eficiencia de los equipos que serán entregados en régimen de cesión de uso. Aspectos tales como: amplitud de vaso sanguíneo, posibilidad de cortar y sellar, tiempo de sellado reducido.”

Por otra parte, el informe de valoración de las ofertas realizado por la comisión técnica, de fecha 27 de junio de 2017, con respecto al Lote 4 manifiesta que todas las ofertas presentadas se ajustan a las características técnicas recogidas en el PPT y a continuación contiene el siguiente cuadro de valoraciones:

LOTE 4: SELLADOR DE VASOS	OLIMPUS	APPLIED	MEDTRONIC	
1.- Seguridad (0-5 puntos):				
- Se valorarán elementos o tecnología que protejan la integridad del paciente durante la intervención.	3	1	5	5
2.- Calidad y eficacia de uso (0-25 puntos):				
- Posibilidad de corte y sellado.	2	2	2	2
- Sellado con tecnología de tipo bipolar.	2	2	2	2
- En el tipo de mosquito, con posibilidad de elección de corte, con sellado y corte en el mango.	5	3	9	9
- En el de cirugía abierta, 10 MM, con punta curva.	3	2	5	5
- Rentabilidad de uso y eficiencia de los equipos que serán entregados en régimen de cesión de uso. Aspectos tales como: amplitud de vaso sanguíneo, posibilidad de cortar y sellar, tiempo de sellado reducido.	4	2	7	7
	19	12	30	30

Acto seguido, dicho informe técnico de valoración motiva cada una de las puntuaciones asignadas con el siguiente tenor:



“Se valorarán elementos o tecnología que protejan la integridad del paciente durante la intervención (0-5 puntos):

La oferta presentada por MEDTRONIC ofrece unas características óptimas en este apartado. OLYMPUS, siendo un sistema seguro produce una temperatura más alta en contacto con el paciente. En APPLIED no se produce el sellado de la forma adecuada.

Posibilidad de corte y sellado (0-2 puntos):

Todas las ofertas presentan dicha característica.

Sellado con tecnología de tipo bipolar (0-2 puntos):

Todas las ofertas presentan dicha característica.

En el tipo de mosquito, con posibilidad de elección de corte, con sellado y corte en el mango (0-9 puntos):

Si bien las 3 cumplen este propósito, MEDTRONIC presenta un manejo más fácil y seguro. OLYMPUS tiene dos accionadores, lo que puede provocar acciones involuntarias no deseadas y APPLIED tiene una palanca de manipulación de corte incómoda y alejada del mango.

En el de cirugía abierta, 10 MM, con punta curva (0-5 puntos):

La oferta presentada por MEDTRONIC tiene un diseño idóneo para su uso. OLYMPUS tiene una curva poco pronunciada y APPLIED tiene ramas muy gruesas.

Rentabilidad de uso y eficiencia de los equipos que serán entregados en régimen de cesión de uso. Aspectos tales como: amplitud de vaso sanguíneo, posibilidad de cortar y sellar, tiempo de sellado reducido (0-7 puntos):

Las referencias ofertadas por MEDTRONIC, cortan y sellan de manera óptima. OLYMPUS, consigue el objetivo final en ambos casos, pero se detecta mayor dispersión de calor local al tejido. Con APPLIED no se consigue en vasos menores de 7 mm hemostasia satisfactoria.”

SEXTO. En el primero de los motivos del recurso, la recurrente denuncia una incorrecta valoración en cuanto a las características técnicas de su oferta respecto del Lote 4. Afirma que las cuatro razones manifestadas en el informe técnico de valoración -expuesto en el fundamento anterior- en las que se sustenta la exclusión de su oferta -“el sellado no se produce de la forma adecuada”, “tiene una palanca de manipulación de corte incómoda y alejada



del mango”, “*tiene ramas muy gruesas*” y “*no se consigue en vasos menores de 7 mm hemostasia satisfactoria*”-, son susceptibles de ser desvirtuadas.

A continuación la recurrente trata de desvirtuar cada una de las cuatro manifestaciones emitidas por la comisión técnica, afirmando lo contrario y adjuntando documentación que a su juicio desvirtúa lo expresado en el informe técnico de valoración, para concluir que resulta evidente que su propuesta para el Lote 4 ha sido incorrectamente valorada por parte de los técnicos del órgano de contratación, por lo que se opone a su exclusión con base en tal valoración, procediendo, a su juicio, la anulación de la resolución recurrida en ese punto.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, las pretensiones por parte de la recurrente de que el órgano de contratación o la mesa, a través de la comisión técnica, han realizado una valoración incorrecta y parcial en los criterios evaluables mediante juicio de valor, suponen una valoración paralela y alternativa a la del órgano de contratación a la hora de enjuiciar la oferta de las entidades licitadoras 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 -en este caso integrado por dos directores de línea de proceso y por un facultativa especialista en cirugía general-, 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 (v.g. Resoluciones de este Tribunal 220/2016, de 16 de septiembre, 273/2016, de 4 de noviembre, 283/2016, de 11 de noviembre, 51/2017, 15 de marzo, 154/2017, de 4 de agosto y 186/2017, de 26 de septiembre, entre otras muchas).

En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2014 -recurso 3157/2013-, viene a señalar que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores, impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico.



En el supuesto examinado, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que las manifestaciones realizadas por la recurrente en su escrito de impugnación, fueron trasladadas a la comisión técnica que, en síntesis, señala lo siguiente:

- Respecto a la afirmación contenida en el informe de valoración de que “el sellado no se produce de la forma adecuada”, la comisión técnica ha señalado que la valoración realizada por el equipo técnico de cirujanos lejos de ser subjetiva fue objetiva y fruto de una prueba del producto realizada sobre un paciente en el Hospital de Andújar por un cirujano del Servicio de Cirugía General de dicho hospital; durante la intervención que fue una colectomía derecha el sellador de cirugía abierta de 10 mm no realizó la hemostasia durante la sección y sellado de los vasos mesentéricos ileocolicos secundarios todos menores de 7 mm al menos en dos ocasiones -se volvió a intentar una segunda vez para obviar el posible sesgo del mal uso del operador-, lo que condicionó una hemorragia profusa que se tuvo que controlar con suturas y que condicionó el no continuar usando el sellador durante la intervención, resultando la prueba altamente insatisfactoria dado el elevado número de fallos en la coagulación (sellado de vasos).

- Sobre la afirmación contenida en el informe de valoración de que “tiene una palanca de manipulación de corte incómoda y alejada del mango” la comisión técnica ha señalado que este tipo de detalles técnicos que pueden parecer menores solo pueden ser valorados por cirujanos que conocen su funcionamiento y la importancia de la correcta colocación y manejabilidad de un aparato; esta pinza tipo mosquito -según la comisión técnica-, se utiliza frecuentemente en la cirugía tiroidea donde los vasos a sellar son altamente delicados, por lo que un diseño inapropiado del instrumento, como ocurre con el de APPLIED, puede llevar al arrancamiento accidental del vaso a sellar.

- En cuento a la afirmación contenida en el informe de valoración de que “tiene ramas muy gruesas”, la comisión técnica ha indicado que el hecho de que la



rama sea gruesa dificulta la disección de tejidos, ya que se hace de forma más grosera, menos delicada; a su juicio, el que las ramas sean curvas facilitan la disección y disposición del instrumento, sin embargo las de APPLIED parecieron exageradamente gruesas lo que sin duda dificultaría enormemente su utilización en sitios complicados y de difícil acceso de la cavidad abdominal donde su grosor impediría un adecuado sellado de vasos.

- Por último, respecto a la afirmación contenida en el informe de valoración de que “no se consigue en vasos menores de 7 mm hemostasia satisfactoria”, la comisión técnica se ratifica en dicha afirmación de manera rotunda como se demostró, a su juicio, en la prueba realizada en el Hospital de Andújar y que fue muy insatisfactoria con el producto de APPLIED.

Pues bien, a la vista de lo expuesto anteriormente, de lo previsto en los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor analizados, de lo ofertado por APPLIED y del contenido del informe técnico emitido por la comisión evaluadora, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia en la valoración de los criterios examinados falta de motivación, arbitrariedad o error patente que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

En definitiva, habiéndose cumplido los requisitos procedimentales, 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 el primer motivo del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. En el segundo de los motivos del recurso, la recurrente denuncia una imputación de puntos por la comisión técnica, y por tanto, por la mesa y el órgano de contratación no previstos en el pliego en los distintos subapartados -subcriterios- en que se divide el criterio de adjudicación evaluable mediante



juicio de valor “calidad y eficacia de uso”, que reproduce en el escrito de interposición.

En este sentido, como se ha expuesto anteriormente, dicho criterio se recoge en los pliegos de la forma siguiente:

“2.- *Calidad y eficacia de uso (0-25 puntos):*

- *Posibilidad de corte y sellado.*
- *Sellado con tecnología de tipo bipolar.*
- *En el tipo de mosquito, con posibilidad de elección de corte, con sellado y corte en el mango.*
- *En el de cirugía abierta, 10 MM, con punta curva.*
- *Rentabilidad de uso y eficiencia de los equipos que serán entregados en régimen de cesión de uso. Aspectos tales como: amplitud de vaso sanguíneo, posibilidad de cortar y sellar, tiempo de sellado reducido.”*

Al respecto, afirma la recurrente que los puntos asociados al criterio “*calidad y eficacia de uso*” son 25, sin que se especifique cómo distribuir tales puntos entre los cinco subapartados del mismo, esto es no se indica si a cada uno de éstos le corresponden 5 puntos, o si el reparto ha de realizarse de otra manera.

En este sentido, indica que el informe técnico de valoración distribuye de forma asimétrica los puntos totales a conceder, asociando desde 2 a 9 puntos a los distintos subapartados, otorgando, pues, más importancia a unos que a otros, sin que ello estuviera determinado en los pliegos, lo que supone una clara vulneración de los mismos, al excederse de lo que en ellos se dispone.

A su juicio, la distribución de los puntos introducida *ex novo* ha tenido un gran impacto en la valoración de su oferta, en la medida en que, justamente, los subapartados en los que ésta ha sido peor considerada son aquéllos a los que se ha asignado un mayor número de puntos, lo que ha llevado a una puntuación proporcionalmente inferior a la de las otras ofertas.



Concluye la recurrente que la forma de distribución de los puntos -previstos en los pliegos para el criterio "*calidad y eficacia de uso*"-, que se contempla en el informe técnico de valoración, en tanto que introducida *ex novo*, se excede de lo dispuesto en los mismos, infringiéndolos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que conforme a la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión: i) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; ii) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y iii) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguna de las entidades licitadoras.

Afirma el informe al recurso que en el supuesto que nos ocupa, ni de las alegaciones de la recurrente, ni del contenido del expediente se desprende la concurrencia de las circunstancias que, conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2005 (Asunto ATI EAC y Viaggi di Majo), reproducida parcialmente en el párrafo anterior, impedirían a la mesa de contratación atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido con antelación en el pliego, en la medida en que: i) no se han modificado los criterios y subcriterios de adjudicación establecidos en el pliego, ii) la valoración no atiende a elementos nuevos desconocidos al tiempo de presentar las ofertas, sino a los aspectos que para la valoración de cada subcriterio se exige tener en cuenta en los propios pliegos, y iii) ni la valoración se ha adoptado teniendo en cuenta elementos que pudieran



tener un efecto discriminatorio en perjuicio de algunas de las entidades licitadoras.

Pues bien, al hilo de lo anterior y en relación con la ponderación de los subcriterios que no estaba inicialmente prevista en los pliegos, como alega la recurrente, existe una consolidada doctrina por parte de este Tribunal, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el sentido de que ello solo es admisible cuando se den las circunstancias señaladas por el citado Tribunal de Justicia, plasmada entre otras en las Resoluciones 125/2015, de 15 de abril, 186/2015 y 187/2015, ambas de 26 de mayo, 133/2017, de 27 de junio y 240/2017 de 13 de noviembre, que citan la Sentencia de 24 de noviembre de 2005 del citado Tribunal de Justicia en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros, que señala que *“El Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia en dicha sentencia admite que, estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori -en la fase de valoración- cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio.



Asimismo, es necesario hacer mención a la Sentencia del TJUE, de 24 de enero de 2008, en el asunto C-532/06 (Alexandroupulis), en relación con la citada Sentencia de 24 de noviembre de 2005 -asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros-, que concluye que *“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación”*.

Esta aparente adopción de una doctrina más restrictiva por parte del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis), fue resuelta por dicho Órgano en la propia sentencia (apartados 41 a 44). En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicó, en la Resolución 389/2014, de 19 de mayo, que *“los supuestos de hecho examinados en las dos sentencias citadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son parecidos pero no totalmente coincidentes; así, en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupulis), el anuncio de licitación contenía únicamente los criterios de adjudicación, procediendo la Mesa a determinar tanto los coeficientes de ponderación de esos criterios como los subcriterios de valoración, todo ello con posterioridad a la presentación de las ofertas. En la sentencia de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC), tanto los criterios de adjudicación como sus coeficientes de ponderación y los subcriterios de aquéllos estaban previamente fijados en el pliego de condiciones, estableciendo la Mesa a posteriori sólo los coeficientes de ponderación de los subcriterios. Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis) el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de*



valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.”

La doctrina expuesta, una vez aplicada al caso que nos ocupa, conduce a que las exigencias de la citada Sentencia del TJUE, de 24 de noviembre de 2005, se cumplen en el supuesto examinado pues el criterio está definido y ponderado en el pliego -calidad y eficacia de uso con hasta 25 puntos-, así como los subcriterios sin ponderar -posibilidad de corte y sellado; sellado con tecnología de tipo bipolar; en el tipo de mosquito, con posibilidad de elección de corte, con sellado y corte en el mango; en el de cirugía abierta, 10 MM, con punta curva; y rentabilidad de uso y eficiencia de los equipos que serán entregados en régimen de cesión de uso; aspectos tales como: amplitud de vaso sanguíneo, posibilidad de cortar y sellar, tiempo de sellado reducido-, permitiendo dicha sentencia que pueda ser a posteriori, en la fase de valoración, cuando sea llevada a cabo dicha ponderación, circunstancia que ha ocurrido en el presente supuesto en que los subcriterios han sido ponderados en la fase de valoración -dentro del margen de los 25 puntos del criterio- con 2, 2, 9, 5 y 7 puntos, respectivamente.

Asimismo, no se dan en el supuesto examinado las circunstancias que impedirían a la mesa de contratación atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido con antelación en el pliego, en la medida en que: i) no se han modificado los criterios y subcriterios de adjudicación establecidos en el pliego, ii) la valoración no contiene elementos nuevos desconocidos al tiempo de preparar las ofertas; en ese sentido, en ningún caso la oferta de la recurrente hubiera variado de haberse conocido la puntuación concreta otorgada a cada uno de los subcriterios, ni tampoco se argumenta nada al respecto en el recurso, y iii) ni la valoración se ha



adoptado teniendo en cuenta elementos que pudieran tener un efecto discriminatorio en perjuicio de algunas de las entidades licitadoras.

Indicar por último que en el sentido expuesto por la jurisprudencia comunitaria se han manifestado los tribunales nacionales. Así, en un supuesto muy parecido al aquí valorado, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, la Sentencia 2262/2016, de 19 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, recurso 6/2016, establece en su fundamento jurídico tercero que *«Así pues, la resolución de este motivo exige determinar si se puede considerar como un defecto invalidante del procedimiento de adjudicación el hecho de que los informes técnicos, aceptados por el órgano de valoración, hayan otorgado una concreta puntuación a cada uno de los subcriterios descritos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, cuando esta puntuación no estaba previamente recogida en los pliegos. (...) nada impide que el órgano de contratación o de valoración, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, pueda establecer puntuaciones a los subcriterios plasmados en el Pliego tendentes a objetivar y a autolimitar su propia discrecionalidad, introduciendo elementos reglados plenamente razonables, siempre y cuando se sujete estrictamente a los límites que para cada uno de los criterios estaban definidos en el Pliego. Y esto es exactamente lo que han hecho los informes técnicos cuando, al fijar la puntuación de cada criterio, han partido de la previa división en subcriterios para otorgarle una puntuación concreta y totalmente respetuosa con los porcentajes definidos en la base 15 del Pliego. Y, como indica la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011, no es admisible una alegación de parcialidad por ese solo hecho, sin alegar y acreditar algún dato que la justifique.*

Sobre una cuestión similar también se pronuncia la STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de mayo de 2010, que indica lo siguiente “se plantea la cuestión de si es lícito que la mesa de contratación complete los criterios de adjudicación publicitados y establezca o desarrolle la forma de



ponderarlos. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo en sentencias de 24 de noviembre de 2005 (num.. 345/05) y de 24 de enero de 2008 (num..10/08) (...)».

En definitiva, en base a las consideraciones realizadas, procede asimismo desestimar el segundo motivo del recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA** contra la Resolución, de 26 de octubre de 2017, del órgano de contratación por la que se requiere determinada documentación a aquellas empresas que han presentado la oferta económicamente más ventajosa a los distintos lotes del contrato denominado “Suministro de material de laparoscopia y suturas mecánicas para los hospitales de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir”, y por la que se pone de manifiesto la exclusión de su oferta, entre otros, respecto del Lote 4 (Expte. PA15/APESHAG-1234567/17), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, ente instrumental adscrito a la Consejería de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto del Lote 4, adoptada mediante Resolución, de 30 de noviembre de 2017, de este Tribunal.



TERCERO. 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.

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.

