

Recurso 11/2014**Resolución 141/2014****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 7 de julio de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER, S.A.** contra la resolución, de 5 de diciembre de 2013, del Director Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares (rodilla) Subgrupo 04.06 del Catálogo del SAS, con destino a los centros sanitarios que integran la Plataforma Logística Sanitaria de Córdoba, material seleccionado en el acuerdo marco CC 4005/2010” (Expte. LAM 37/13), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de julio de 2013, el Director Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba dictó resolución aprobando el expediente de contratación y acordando el inicio del procedimiento de adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento, el cual está basado en el acuerdo marco CC 4005/2010 adjudicado por el Director General de Gestión Económica del Servicio Andaluz de Salud.

El valor estimado del contrato asciende a 2.881.623,97 euros.



SEGUNDO. Mediante escrito de 23 de julio de 2013, el Hospital Universitario Reina Sofía convocó a los empresarios cuyos productos habían sido seleccionados en el acuerdo marco a una nueva licitación, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 14 de agosto de 2013.

TERCERO. El 5 de diciembre de 2013, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación de las dos agrupaciones de lotes que constituían el objeto del suministro. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 10 de diciembre de 2013 y remitida a la recurrente el 11 de diciembre de 2013 según el sello de registro de salida del hospital, constando en el expediente que la citada resolución tuvo entrada en la oficina de correos para su entrega al recurrente el 12 de diciembre.

CUARTO. El 27 de diciembre de 2013, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ZIMMER, S.A.

El 16 de enero de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito procedente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba en el que se da traslado del recurso especial y se adjunta el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

QUINTO. El 22 de enero de 2014, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 28 de enero de 2014, se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo la entidad STRYKER IBERIA, S.L y BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L.



SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, 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 el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar una Administración Pública. Por tanto, resulta procedente el recurso especial interpuesto 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”*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la empresa recurrente el 12 de diciembre de 2013 y ésta presentó el recurso especial en el registro del órgano de contratación el 27 de diciembre de 2013, por lo que aquél se interpuso en plazo de conformidad con el precepto legal citado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, deben analizarse los motivos en que el mismo se sustenta, los cuales se dirigen contra la adjudicación de la agrupación 2 del contrato. Tales motivos son, en síntesis, los siguientes:

1. La evaluación del criterio dependiente de un juicio de valor *“características técnicas y funcionales de las prótesis y del instrumental específico para su implantación”* se ha efectuado tomando en consideración aspectos que no están incluidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y que, de haber constado en dicho pliego, podrían haber sido cumplidos por la recurrente.

Asimismo, tampoco se entiende que los productos de empresas sin volumen de implantaciones nacionales relevantes, sin la misma evidencia científica y sin presencia en los registros europeos y australianos hayan recibido mejor puntuación que la recurrente.

2. En el criterio de adjudicación de evaluación automática *“servicio post-venta”* se ha valorado por igual a todas las ofertas cuando, a juicio de la recurrente, el



resto de licitadores ofrece un servicio post-venta inferior al ofertado por ella en cuanto a calidad y cantidad.

3. La resolución de adjudicación no está suficientemente motivada. Ante la solicitud de motivación, se facilitó a la recurrente el acceso a la documentación aportada por la adjudicataria el día anterior a la finalización del plazo de presentación del recurso, lo que se puede considerar, a todos los efectos, una negativa. Ello ha provocado indefensión a la recurrente.

4. Se han vulnerado los principios informadores que deben regir el procedimiento de selección y, especialmente, los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Con base en las anteriores alegaciones, la entidad recurrente solicita la nulidad de la resolución impugnada y la retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a una nueva valoración funcional de su oferta.

Por su parte, las alegaciones al recurso que efectúa el órgano de contratación pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. Frente al alegato de la inseguridad jurídica provocada por haberse realizado la valoración de las ofertas con arreglo a criterios no recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el informe del órgano de contratación pone de manifiesto que tal motivo carece de contenido jurídico. Aduce que el recurrente no está de acuerdo con la puntuación obtenida en el criterio ponderable mediante un juicio de valor y efectúa una larga justificación técnica para demostrar las bondades de su producto frente al resto de licitadores. No obstante, con arreglo al apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) -que establece la posibilidad de incluir en el sobre de



documentación técnica cualquier otra documentación que ayude a la mejor comprensión de la oferta realizada-, la recurrente pudo incluir en dicho sobre los datos a que ahora se refiere en su escrito impugnatorio.

2. En lo que se refiere al criterio de adjudicación “servicio post-venta”, donde la recurrente manifiesta tener mejores medios materiales y humanos que el resto de licitadores, el órgano de contratación alega que el criterio es evaluable automáticamente y por tanto, la oferta se valora con diez o cero puntos en función de que se presente o no el compromiso escrito de asistencia y formación en quirófano con duración igual o superior a tres meses, sin que quepan puntuaciones intermedias, que es lo que pretende el recurrente.

3. Respecto a la falta de motivación de la resolución recurrida, se manifiesta que en la tabla anexa a la resolución de adjudicación se contenía toda la información necesaria para la interposición de un recurso suficientemente fundado. Los criterios de adjudicación núm. uno (precio), núm. dos (bonificaciones) y núm. tres (servicio post-venta) son de evaluación automática, por lo que las puntuaciones de las ofertas en los mismos resultan de la aplicación de la fórmula establecida en los pliegos.

Por otro lado, el criterio de adjudicación núm. cuatro “*características técnicas y funcionales de las prótesis y del instrumental específico para su implantación*” es evaluable mediante un juicio de valor. La valoración de la oferta de la recurrente ha sido de <<adecuada>>, conteniendo la tabla anexa a la resolución los datos necesarios para disponer de la información legal necesaria, sin necesidad de acudir a conjeturas o elucubraciones.

Asimismo, el órgano de contratación refiere que, si bien la recurrente tuvo acceso al expediente el día anterior a la finalización del plazo para la interposición del recurso, no puso de manifiesto que dicha fecha fuera tardía



cuando acusó recibo de la notificación del día de la vista y en cualquier caso, pudo plasmar en el recurso la información obtenida durante la vista del expediente.

4. Finalmente, se indica que han sido respetados los principios de la contratación pública y que dada la diferencia en puntos (29,43) entre la oferta adjudicataria y la de la recurrente, aún cuando a ésta se otorgaran 20 puntos en lugar de los 5 asignados en el criterio “características técnicas y funcionales”, no se alteraría el resultado de la adjudicación.

SEXTO. Expuestas las consideraciones de las partes y antes de analizar los motivos del recurso, debe examinarse con carácter previo la alegación del órgano de contratación consistente en que, dada la diferencia en puntos (29,43) entre la oferta de la adjudicataria y la de la recurrente, aún cuando a ésta se otorgaran 20 puntos en lugar de los 5 asignados en el criterio “características técnicas y funcionales”, no se alteraría el resultado de la adjudicación.

Tal análisis previo obedece a la necesidad de determinar el interés legítimo del recurrente en la interposición del recurso, toda vez que este Tribunal tiene ya manifestado que dicho interés solo concurre si la eventual estimación del recurso permitiera al recurrente obtener, a la postre, la adjudicación del contrato.

En tal sentido, En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 65/2014, de 27 de marzo, 44/2012, de 25 de abril y 97/2012, de 19 de octubre) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. Así, la Resolución 97/2012, de 19 de octubre, aludiendo a otra resolución de este Tribunal, señalaba que << *En este sentido, se comparte el criterio del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 57/2012, de 22***



de febrero, al afirmar, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mantuvo, en aquella resolución, que lo que procede determinar es si el recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar perjuicio de algún tipo, resultando evidente que el beneficio perseguido no puede ser otro que obtener la adjudicación. En consecuencia, si el recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicatario, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión de aquél por falta de legitimación de la empresa recurrente>>

Asimismo, la reciente Resolución 108/2014, de 14 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aborda la cuestión de la legitimación del licitador recurrente en los siguientes términos: <<La empresa recurrente concurrió a la licitación por lo que, en principio, es titular de un derecho o interés legítimo afectado por la resolución impugnada, en los términos exigidos por el artículo 42 del TRLCSP. No obstante, aun cuando prosperase su recurso y se declarase nula la adjudicación en favor de UTE SURESTE SEGURIDAD, S. L-SURESTE SISTEMAS DE SEGURIDAD, S.A estaría aún clasificada, como veremos en los fundamentos siguientes, en cuarto lugar. Por tanto la mercantil recurrente carece del interés legítimo al que se refiere el artículo 42 del TRLCSP para recurrir la adjudicación. Como hemos declarado en resoluciones anteriores (valga como referencia la nº 288/2012, de 5 de diciembre o la 197/2013, de 29 de mayo), el interés legítimo al que se refiere el citado artículo 42 ha de ser propio y requiere “que la resolución



administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre...". Y en este caso, como en el que se cita, aunque se estimara el recurso nunca le podría reportar un beneficio cierto a la propia entidad recurrente, que continuaría sin resultar adjudicataria.

Visto lo anterior, es claro que el beneficio perseguido por la recurrente no es otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, como acabamos de exponer, la misma, aun cuando se admitan sus pretensiones respecto de la exclusión de la oferta de la inicial adjudicataria por haber incurrido en baja desproporcionada no justificada, sólo variaría su puesto en la clasificación de las ofertas del quinto al cuarto lugar.>>

Pues bien, en el supuesto analizado en la presente resolución, las puntuaciones parciales y totales de las ofertas de recurrente y de adjudicataria en la agrupación de lotes 2 son las siguientes:

- Adjudicataria: características técnicas y funcionales: 20 p.

oferta económica:	52,98 p.
bonificaciones en producto:	0 p.
servicio postventa:	<u>10 p.</u>
	82,98 puntos

- Recurrente: características técnicas y funcionales: 5 p.

oferta económica:	38,55 p.
bonificaciones en producto:	0 p.
servicio postventa:	<u>10 p.</u>
	53,55 p.



Asimismo, los motivos del recurso se refieren al criterio “características técnicas y funcionales” -al considerar la recurrente que su oferta, por las razones que allí esgrime, pudo haber obtenido la máxima puntuación- y al criterio “servicio postventa” -por entender que todas las ofertas recibieron 10 puntos con un servicio postventa de inferior calidad y cantidad al suyo-.

En consecuencia, el interés legítimo de ZIMMER, S.A en la interposición del recurso sólo puede admitirse si, como se ha visto en la doctrina expuesta de los Tribunales de recursos contractuales, una eventual estimación de sus pretensiones condujera, finalmente, a la adjudicación a su favor de la agrupación de lotes impugnada, lo cual no acontece en el supuesto examinado, ya que si la recurrente obtuviera 15 puntos más en las características técnicas y funcionales y la adjudicataria 0 puntos en el servicio postventa, no se alteraría el resultado de la adjudicación, toda vez que las puntuaciones totales quedarían así:

- Adjudicataria: $82,98 \text{ p} - 10 \text{ p} = 72,98 \text{ p}$.
- Recurrente: $53,55 + 15 \text{ p} = 68,55 \text{ p}$.

A lo sumo, la recurrente podría conseguir pasar de estar clasificada en quinto lugar a estar clasificada en tercer lugar, ni siquiera en segunda posición tras la adjudicataria. Por consiguiente, queda clara su falta de interés legítimo en la interposición del recurso especial y por ende, su falta de legitimación toda vez que ningún beneficio real y directo obtendría con la interposición del recurso, al no verse alterado, pese a la estimación de éste, el resultado de la adjudicación.

La falta de legitimación de la empresa recurrente para la interposición del recurso conduce a la inadmisión del mismo, deviniendo innecesario el análisis de los motivos en que el recurso se sustenta.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER, S.A.** contra la resolución, de 5 de diciembre de 2013, del Director Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares (rodilla) Subgrupo 04.06 del Catálogo del SAS, con destino a los centros sanitarios que integran la Plataforma Logística Sanitaria de Córdoba, material seleccionado en el acuerdo marco CC 4005/2010” (Expte. LAM 37/13), por falta de legitimación del recurrente.

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 fue acordado por Resolución de este Tribunal de 22 de enero de 2014.

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.

LA PRESIDENTA

