

**Recurso 364/2014****Resolución 226/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 17 de junio de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la resolución, de 28 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro, en régimen de depósito asistencial, de material de osteosíntesis, con destino a los centros sanitarios vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén. Agrupación 16” (Expte 467/2014 CCA. 6BKN2-1), convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El procedimiento de licitación se convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, de fecha 27 de junio de 2014 y en el Boletín oficial del Estado y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, de fecha 30 de junio de



2014, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 4 de agosto de 2014.

El valor estimado del contrato es de 6.343.873,12 euros. Entre las empresas licitadoras se encuentra la ahora recurrente.

**SEGUNDO:** La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 28 de noviembre de 2014 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.L., que fue remitida a todos los licitadores y, entre ellos, a la ahora recurrente con fecha 28 de noviembre de 2014 y publicada en el perfil de contratante la citada resolución el día 19 de diciembre de 2014.

**CUARTO.** El 15 de diciembre de 2014, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra la resolución, de 28 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el citado contrato de suministro.

La recurrente solicita en el recurso que se anule la adjudicación de la Agrupación 16 y se retrotraigan las actuaciones a efectos de efectuar la valoración económica de la oferta de la recurrente en dicha agrupación y en



consecuencia, se adjudique la mencionada agrupación a la proposición económica más ventajosa.

**QUINTO.** Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 15 de diciembre de 2014, se solicita al órgano de contratación que remita el expediente de contratación, el informe sobre las alegaciones al recurso y un listado de las empresas licitadoras con indicación de su domicilio, correo electrónico, teléfono y fax, a efectos de notificaciones. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 18 de diciembre de 2014.

**SEXTO.** Con fecha 16 de diciembre de 2014, se solicita por parte del órgano de contratación el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento. Previa audiencia de la recurrente, con fecha 29 de diciembre de 2014 se dicta por este Tribunal resolución de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación de la agrupación 16 del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente.

**SÉPTIMO.** Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 15 de enero de 2015, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

**OCTAVO.** 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 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 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, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su valor estimado de 6.343.873,12 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.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 impugnada fue remitida a la recurrente con fecha 28 de noviembre de 2014, presentándose el recurso en el registro de este Tribunal el 15 de diciembre de 2014, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente centra su recurso en demostrar la improcedencia, a su juicio, de la decisión adoptada por el órgano de contratación, al no valorar económicamente una proposición que no habiendo resultado excluida de la licitación, ya se había llegado a valorar técnicamente en el procedimiento.

Alega la recurrente que, en su oferta a la agrupación 16, se especificaba a modo de aclaración técnica, el motivo por el cual la omisión de determinados números de lotes dentro de cada agrupación obedecía a que el objeto (lote) omitido resulta innecesario debido a que ya se encuentra incorporado e integrado en el tipo de sistema ofertado, esto es sistema de cirugía de ligamentos Bio-Rci.

Dichas aclaraciones fueron tenidas en cuenta por la mesa de contratación que procedió a valorar su oferta con arreglo a criterios de evaluación no automática, asignándole el máximo de puntos (20). Puesto que la oferta fue valorada por la comisión técnica, alega la recurrente que el órgano de contratación pudo solicitar aclaraciones a la misma antes de tomar la decisión de no valorar la proposición económica. Manifiesta la recurrente que es doctrina consolidada de los órganos administrativos de resolución de recursos en materia de



contratación, que no es posible excluir una proposición de tales características sin solicitar aclaraciones.

Para reforzar su alegato trae a colación determinadas resoluciones de algunos Tribunales de Recursos Contractuales y el siguiente párrafo de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 10 de diciembre de 2009, caso *Antwerpse Bouwwerken NV contra la Comisión Europea* “*es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime las ofertas sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones*”.

Concluye la recurrente que con la decisión adoptada por el órgano de contratación de no valorar la oferta económica de la recurrente, se está limitando y restringiendo el principio de libre concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta, en su informe de alegaciones al recurso, que la comisión asesora de valoración de la mesa de contratación realizó la valoración de la oferta de la recurrente y otorgó a cada uno de los cuatro lotes de la agrupación 16 una puntuación de 20 puntos. Sin embargo, sigue manifestando el órgano de contratación, si tenemos en cuenta, como nadie discute, que la ahora recurrente no oferta producto alguno en el lote 156, lo conveniente hubiera sido que aquel órgano (la comisión técnica) no realizara valoración alguna en relación con el mencionado lote. Pero lo cierto, añade el órgano de contratación, es que la puntuación se otorgó y se continuó el procedimiento con la baremación de los criterios de evaluación automática establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Alega el órgano de contratación que como resultado de la baremación se asignó la puntuación a la ahora recurrente en la agrupación 16, formada por los lotes 156 a 159, ambos inclusive, calculando la media aritmética sin tener en cuenta el



lote 156, arrojando una puntuación de la agrupación de 74,28 puntos, en vez de haber calculado la media aritmética teniendo en cuenta los cuatro lotes de la agrupación que hubiese arrojado una puntuación de 60,71 puntos.

Concluye el órgano de contratación que se actuó de la forma más favorable posible para la ahora recurrente, pues podía haberse excluido de plano la proposición por no ajustarse a lo dispuesto en la cláusula 2.1.2 del PCAP o haberse calculado la media aritmética teniendo en cuenta el total de los lotes de la agrupación. Sin embargo, este órgano de contratación adoptó la decisión que ahora se recurre y que no hace sino favorecer a la empresa recurrente y con ello al principio de libre competencia.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes, procede entrar a examinar el objeto del recurso.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que la mesa de contratación no valoró la oferta económica del lote 156 de la agrupación 16, al no haber presentado la ahora recurrente oferta al citado lote 156, y como consecuencia de ello, su oferta a la agrupación 16 fue valorada por la mesa en su conjunto, calculando la media aritmética del total de la citada agrupación pero sin tener en cuenta el lote 156.

Sin embargo, este Tribunal entiende que la oferta de la ahora recurrente debió de haberse excluido de la agrupación 16 en la fase valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, por no haber ofertado al lote 156 integrado en la citada agrupación 16. Dicha circunstancia habría impedido la apertura de los sobres 3 y 4 de la recurrente a esa agrupación; no obstante, tal irregularidad cometida por la comisión técnica y por la mesa de contratación, no puede convalidar el motivo principal del incumplimiento de la ahora recurrente,



esto es, el no haber ofertado un lote dentro de una agrupación, pues lo contrario supondría admitir una oferta que no cumple los requisitos mínimos exigidos en los pliegos, que es lo que al final hizo el órgano de contratación. Sobre el particular es expresivo lo manifestado por el órgano de contratación cuando señala *“Pero lo cierto es que la puntuación se otorgó y se continuó el procedimiento con la baremación de los criterios automáticos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

En todo caso, ya sea en la fase de valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, o ya sea en cualquier fase posterior, la consecuencia jurídica de no haber ofertado un lote dentro de una agrupación es la misma, esto es, la exclusión de la licitación.

En este sentido, la cláusula 2.1.2 del PCAP establece que *“Los bienes objeto de esta contratación podrán ser ofertados por la totalidad del suministro, por lotes o por las agrupaciones de lotes que se establezcan.*

*A estos efectos, se entenderá por lote cada uno de los elementos indivisibles que componen el objeto del suministro y por agrupación de lotes el conjunto de lotes agrupados con arreglo a los criterios que establezca el órgano de contratación, cuya adjudicación debe realizarse conjuntamente a un único licitador en razón a la interdependencia de sus componentes. En estos casos, las normas procedimentales y de publicidad, que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o agrupación de éstos se determinará en función del valor acumulado del conjunto, salvo las excepciones previstas en la Ley.”*

Por su parte, el apartado 5.2 del cuadro resumen del PCAP establece que *“Los bienes objeto de esta contratación podrán ser ofertados: [ ] Por agrupaciones de lotes [ ] Por la totalidad [ ] Por lotes [X] Por lotes y agrupaciones de lotes”*.



Estableciéndose en el anexo al cuadro resumen del citado pliego, los lotes y las características de cada lote que componen cada una de las agrupaciones que se licitan. En el caso que nos ocupa, el lote 156 no se configura como un lote independiente sino como un lote integrado en la agrupación 16, junto con los lotes 157 a 159.

Sobre la configuración del objeto del contrato y su fraccionamiento en lotes y/o agrupaciones de lotes realizada por la Administración, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en diversas resoluciones, entre las más recientes, la 62/2015, de 24 de febrero, en la que se señala que *“Como vemos el citado artículo 1 establece como principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, es decir, eficiente utilización de los fondos públicos, en palabras de dicho precepto legal. Sin embargo, también sanciona, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes. No obstante, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.”*

En el presente caso, la Administración ha optado por la división del objeto del contrato en lotes y por la agrupación de éstos, en función de una exigencia



clínica derivada del hecho de tener que emplear elementos compatibles en cada técnica quirúrgica, pues la ausencia de alguno de dichos elementos haría inútil la oferta para dicha técnica quirúrgica. Cuestión distinta es que la definición de la agrupaciones de lotes efectuada por la Administración no haya sido del modo propuesto por la recurrente, quien pudo impugnar los pliegos y no lo hizo por lo que ahora habrá de ajustarse a los mismos en cuanto a la configuración de los lotes y de las agrupaciones de lotes, dado que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

**SÉPTIMO.** En cuanto a la alegación de la recurrente basada en la posibilidad del órgano de contratación de solicitar aclaraciones de la oferta antes de tomar la decisión de no valorar su proposición económica en el lote 156 de la agrupación 16, nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual sólo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP), pero no regula la subsanación de la oferta técnica o en la económica.

Por tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica, no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta. Esta conclusión se desprende de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que se



afirma que *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”,* dado que *“en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”.* Por otro lado, destacaba la misma sentencia, que *“no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”,* pues *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.*

Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en modo alguno supongan alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción al licitador afectado de modificar su oferta lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Sin embargo, la solicitud de aclaraciones no es una obligación impuesta al órgano de contratación, sino una posibilidad que tiene cuando entiende que una oferta requiere aclaraciones suplementarias, o cuando entiende que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; en caso contrario, como se ha puesto de manifiesto, no está obligado a solicitarla si entiende que la misma es lo suficientemente clara y precisa.



En consecuencia, en base a todas las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho anteriores, procede desestimar en su integridad las pretensiones alegadas por la recurrente.

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 28 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro, en régimen de depósito asistencial, de material de osteosíntesis, con destino a los centros sanitarios vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén. Agrupación 16” (Expte 467/2014 CCA. 6BKN2-1), convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

**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.** Notificar la presente resolución a todos 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.

