

Recurso 609/2024
Resolución 6/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 19 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BMT IBERIA, S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 20 de diciembre de 2023 del contrato de «Suministro de equipamiento para central de esterilización con destino al Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga (Central Provincial de Compras de Málaga) financiado con FONDOS REACT-EU, (0000701/2023)», (Expediente CCA +6.C131BC9), promovido por el Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 25 de septiembre de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

El valor estimado asciende a 327.579 euros, y la recurrente figura entre las empresas que presentaron sus proposiciones según consta en listado obrante en el expediente remitido.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del oportuno expediente de contratación, mediante Resolución nº 1842/2023 de la Dirección gerencia del Hospital, de fecha 20 de diciembre de 2023, se adjudica el contrato a la entidad ANTONIO MATACHANA S.A. Dicha resolución de adjudicación se publicó en el perfil de contratante el 21 de diciembre de 2023.

SEGUNDO. El 27 de diciembre de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BMT IBERIA, S.L. (en adelante, la recurrente) contra la resolución de adjudicación antes mencionada.

Mediante oficio de fecha 28 de diciembre la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha petición fue reiterada mediante oficio de fecha 3 de enero de 2024. Lo solicitado no se recibió hasta el día 9 de enero.



Por último, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a la otra entidad licitadora que había presentado oferta junto con la recurrente, para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, habiéndose recibido las presentadas por otra entidad licitadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación y que ocupa el segundo puesto en el orden de clasificación de las propuestas por lo que una eventual estimación del recurso le permitiría alzarse con la adjudicación del contrato.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministros con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por "FEDER REACT_UE" con una tasa de cofinanciación del 100 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 50.2 del Real Decreto- ley 36/2020, y el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *"se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos"*.

SEXTO. Sobre el fondo del recurso: alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso procede analizar los motivos en que se sustenta, sobre la base de las alegaciones de las partes.



1. Alegaciones de la entidad recurrente.

En cuanto el fondo del asunto, estima que la valoración del criterio de adjudicación automático medioambiental no es correcta. Alega que el documento “CERTIFICADO POTENCIA NOMINAL” incluido en el SOBRE 3 de BMT IBERIA, el parámetro “P Modo Activo” es de 7,5 y el parámetro “P Modo Espera es de 0,7”.

Adjunta al recurso documento certificado por dicha entidad incluido en el sobre 3 de BMT IBERIA a efectos de corroborarlo. Señala que a pesar de ello el acta núm. 058-01/2023 referente a los criterios automáticos de valoración y propuesta de adjudicación utiliza un valor “P Modo Activo” de 38, que no se corresponde con la cifra indicada.

Afirma que, si se utilizan los valores correctos para el valor “P Modo Activo” de BMT IBERIA, el resultado sería el siguiente (*):

EMPRESAS	P Modo activo	P Modo espera	P Modo apagado	E(kWh/día)*	Mínima	Puntos
ANTONIO MATACHANA SA	12,1	0,1	0	290,40	180,00	6,20
BMT IBERIA SL	7,5	0,7	0	180,00		10,00
ENDOOK EUROPA SL	38,5	0,25	0,03	924,00		1,95
GETINGE GROUP SPAIN SL	11,7	3,763	0	280,80		6,41
STERIS IBERIA	12,3	0,7	0	295,20		6,10

Señala que para ese nuevo cálculo se ha seguido el mismo criterio que se ha utilizado en el acta núm. 058-01/2023 referente a los criterios automáticos de valoración y propuesta de adjudicación.

El cálculo del consumo energético diario E (kWh/día) vendrá determinado por la siguiente fórmula:

$$E \text{ (kWh/día)} = T_{\text{Modo Activo}} \times P_{\text{Modo activo}}$$

Donde:

E (kWh/día) Consumo energético diario. (Se asignará 0 kWh/día si el consumo es nulo).

TModo Activo De acuerdo con las normas EN 50564:2011 y EC 1275/2008, se define modo activo, aquel en que el equipo se haya conectado a la red eléctrica y se ha activado al menos una de las funciones principales que prestan el servicio para el que se ha concebido el equipo en cuestión. En este caso será de 24 horas.

En segundo lugar, alega que la valoración respecto de los criterios de adjudicación no automáticos de su oferta se realiza de una forma que claramente vulnera el respeto a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 de la LCSP.

En cualquier caso, señala que “una vez corregido el error de la puntuación del criterio automático MEDIOAMBIENTAL, y antes de añadir cualquier mejora en la puntuación de los criterios no automáticos, el resultado



de la puntuación total sería de 90 puntos para su entidad”, superando la puntuación obtenida por el adjudicatario de 81,03 puntos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Expresa una primera consideración con relación a lo que estima la recurrente en cuanto a que «la valoración del criterio de adjudicación medioambiental no es correcta, ya que de acuerdo con el documento “CERTIFICADO POTENCIA NOMINAL” incluido en el sobre 3 de BMT Iberia, el parámetro “P Modo Activo” es de 7,5 y el parámetro “P Modo Espera es de 0,7”».

Afirma que “el criterio medioambiental y sostenibilidad energética (el punto nº 1.4 de los criterios de adjudicación) busca comparar la energía diaria consumida por cada equipo ofertado partiendo de su potencia eléctrica nominal, como bien se indica en la memoria justificativa.

Se justifica este criterio de sostenibilidad medioambiental, consistente en el consumo eléctrico entendido éste como el consumo asociado a la potencia eléctrica nominal en vatios W del equipo ofertado, al efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 31 de la Ley 7/2021, 20 de mayo de cambio climático y transición energética, y 30 de la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía.

Es importante destacar que según el sistema métrico internacional:

- La energía se mide en Wh.
- La potencia se mide en W.

En el caso del criterio 1.4, se establece la puntuación del criterio según la menor energía consumida diaria, que se obtiene multiplicando la potencia nominal del equipo (W) por 24 horas (h).

En todas las ofertas se ha tomado la potencia nominal reflejada, que en el caso de la empresa BMT IBERIA, S.L. es 38.000 W como puede comprobarse en el documento entregado en el sobre 3 para el criterio 1.4, aunque no aparece reflejado en el argumento esgrimido por la empresa en su escrito de presentación del presente recurso, y no es el consumo máximo por ciclo en W/h como se pretende dar a entender, ya que al multiplicar ese dato de 7.500 W/h por 24 horas se obtendría 180.000 W, que es una medida de potencia, no de energía”.

Afirma que esto no puede comprobarse en la oferta completa presentada por la recurrente cuando se expone que los equipos ofertados tienen una potencia nominal de 38 mil vatios, un consumo máximo por ciclo de 7.500 vatios a la hora, y que el consumo del equipo con generador de vapor encendido es de 38 mil vatios, y apagado de 2 mil vatios. Señala al respecto que “este alegato de la recurrente no es válido, es más, en su escrito de interposición del recurso no consta ningún tipo de justificación que contradiga que lo expuesto anteriormente es erróneo, tal y como la licitadora ha expuesto. Se solicita por este órgano de contratación, la desestimación íntegra de los motivos del recurso relacionados con lo expuesto en este apartado”.

Por otro lado, solicita de este Tribunal que lleve a cabo una corrección de un determinado error material. Señala que:

“Una vez revisada la documentación del expediente esta administración ha advertido un error material en el resumen de valoraciones. Esto se debe a que en el sobre electrónico nº 2 que contenía su oferta no constaba ningún plan de formación, este hecho se puede corroborar en el informe técnico de criterios no automáticos (que consta en la documentación del expediente remitida a este tribunal) en el mismo se le otorgaron 0 puntos el subcriterio 2.1, aunque en la tabla que se consignó en el resumen de valoraciones del citado documento por un error material se



reflejó que le correspondían 5 puntos. Por este motivo al citado licitador le corresponden en el subcriterio 2.1: 0 puntos.

Por el citado fallo se traspuso este dato incorrecto a las actas y a la Resolución de adjudicación nº 1842/2023, de 20 de diciembre de 2023, la cual es objeto del presente recurso, y debe ser objeto de corrección”.

Por último, en cuanto a que la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos se ha realizado de una forma que vulnera el respeto a los principios generales que guían la contratación administrativa, expresa que debe rechazar esos argumentos apelando a doctrina de este Tribunal, como la que emana de la resolución 186/2020. Señala que “la valoración técnica de los criterios sujetos a juicio de valor está amparada por la discrecionalidad técnica del órgano evaluador, apareciendo en su contenido un detalle expreso sobre la motivación de la puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor (evaluación no automática) y sobre este aspecto cabe traer a colación la Resolución 62/2019(...)”.

3. Alegaciones de la entidad mercantil interesada, Endook Europa S. L..

Sostiene que lo que se valora “en el apartado CRITERIO MEDIOAMBIENTAL Y DE SOSTENIBILIDAD ENERGETICA según indica el ANEXO I al Cuadro Resumen es:

“Se establece como criterio de adjudicación medioambiental y de sostenibilidad energética el rendimiento energético, entendiéndose como tal al consumo eléctrico de un equipo bajo unas condiciones de uso”.

Considera que dicho criterio genera controversia, pues estima que no se solicita un criterio uniforme para este, dejando a libre elección de cada licitador cuales son dichas condiciones de uso y por lo tanto permitiendo que se aporte el dato de cualquier de las funciones para las que está concebido el equipo en el caso de TModo Activo tal como se define en el mismo documento (ANEXO I al Cuadro Resumen):

“TModo Activo. De acuerdo con las normas ES 50564:2011 y EC 1275/2008 se define modo activo, aquel en que el equipo se haya conectado a la red eléctrica y se ha activado al menos una de las funciones principales que prestan el servicio para el que se ha concebido el equipo en cuestión. En este caso será de 24 hs”.

Alega que a cada licitador le permite interpretar y aportar “un valor de potencia dispar que puede ir desde el simple consumo del equipo solo con la pantalla encendida (consumo residual) hasta el consumo del ciclo más desfavorable, generando distorsiones en el cálculo de dicho parámetro al no usarse un criterio común a todos los licitadores. Dichos equipos esta concebidos para realizar diferentes ciclos de esterilización con condiciones de uso muy distintas entre ellos y por lo tanto con consumos energéticos no comparables”.

Desde la postura de interesado solicita la revisión de dicho criterio.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.

1. Por un lado, respecto del criterio de evaluación automático, comprendido en el Anexo I al cuadro resumen, se establece entre los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas, evaluable hasta 10 puntos, como criterio medioambiental y de sostenibilidad energética que la fórmula es la de “consumo asociado a la potencia eléctrica nominal en vatios *W* del equipo ofertado (según la fórmula que se expresa a continuación)”.

“E (kWh/día) = TModo Activo × PModo activo”



Pues bien, a continuación, se expresa que el mismo consiste en un criterio de rendimiento energético, entendiéndose como tal el “consumo eléctrico diario de un equipo bajo unas condiciones de uso. En este apartado se valorará el consumo eléctrico diario ofertado”. Se expone la siguiente fórmula:

“El cálculo del consumo energético diario E (kWh/día) vendrá determinado por la siguiente fórmula: E (kWh/día) = $T_{\text{Modo Activo}} \times P_{\text{Modo activo}}$.

Donde:

E (kWh/día) Consumo energético diario. (Se asignará 0 kWh/día si el consumo es nulo).

$T_{\text{Modo Activo}}$. De acuerdo con las normas EN 50564:2011 y EC 1275/2008, se define modo activo, aquel en que el equipo se haya conectado a la red eléctrica y se ha activado al menos una de las funciones principales que prestan el servicio para el que se ha concebido el equipo en cuestión. En este caso será de 24 horas.

$P_{\text{Modo Activo}}$ Potencia (kW) en modo activo.

Se establece como criterio de adjudicación medioambiental y de sostenibilidad energética el rendimiento energético, entendiéndose como tal al consumo eléctrico diario de un equipo bajo unas condiciones de uso.

En este apartado se valorará el consumo eléctrico diario ofertado para la oferta base y para las ofertas variantes presentadas en el acuerdo marco.

El cálculo del consumo energético diario E (kWh/día) vendrá determinado por la siguiente fórmula:

E (kWh/día) = ($T_{M. \text{ en espera}} \times P_{M. \text{ en espera}}$) + ($T_{M. \text{ apagado}} \times P_{M. \text{ apagado}}$).

Donde:

E (kWh/día) Consumo energético diario.

$T_{M. \text{ en espera}}$. De acuerdo con las normas EN 50564:2011 y EC 1275/2008, se define modo en espera, aquel en que el equipo se halla conectado a la red eléctrica, depende de la energía procedente de dicha red para funcionar según los fines previstos y ejecuta solamente las siguientes funciones, que se pueden prolongar por un tiempo indefinido: función de reactivación, o función de reactivación y tan solo indicación de función de reactivación habilitada, y/o visualización de información o de estado.

Se consideran 6 horas al día en este modo.

$P_{M. \text{ en espera}}$. Potencia (kW) en modo en espera.

$T_{M. \text{ Apagado}}$

De acuerdo con las normas EN 50564:2011 y EC 1275/2008, se define modo apagado, modo en que el equipo se halla conectado a la red de alimentación eléctrica, pero no ofrece función alguna; lo siguiente se considerará también como en modo apagado:

- condiciones que proporcionan solamente indicación de modo apagado.



- condiciones que proporcionan solo las funciones previstas a fin de garantizar la compatibilidad electromagnética de conformidad con la Directiva 2004/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.
Se consideran 9 horas al día en este modo.

PM. Apagado Potencia (kW) en modo apagado.

Se le asignará al licitador que oferte un equipo con un consumo energético diario E (kWh/día) más bajo la puntuación completa prevista para este criterio de adjudicación y al resto de licitadores, por proporcionalidad según la siguiente fórmula:

$$P_{\text{Licitador A}} = (P_{\text{Máxima}} \times E_{\text{Mínima}}) / E_{\text{Licitador A}}$$

Donde:

$P_{\text{Licitador A}}$ Puntuación del Licitador Analizado.

$P_{\text{Máxima}}$ Puntuación máxima establecida para este apartado.

$E_{\text{Mínima}}$ Consumo Energético diario más bajo ofertado.

$E_{\text{Licitador A}}$ Consumo Energético diario del Licitador Analizado.

Obtendrá 0 puntos, en esta fórmula, la oferta que no aporte información en relación a este criterio”.

La oferta de la empresa en este criterio concreto se refleja en el folio 497 del expediente remitido. En la misma se refleja la siguiente información:

“Que los equipos STERIVAP SL 669-2ED fabricados por MMM Group y ofrecidos en esta licitación disponen de:

- Potencia nominal de 38.000 W.
- Consumo máximo por ciclo: 7.500 W/h.
- Consumo de equipo con generador de vapor encendido 38.000 W.
- Consumo del equipo con generador de vapor apagado 2.0000 W.

Consumo máximo ciclo 7,5 kWh

kW con generador 38 kWh

kW sin generador 2 kWh

T M activo 24

P M activo 7,5 180 kWh

T M espera 6

P M espera 0,7 4,2 kWh

T M apagado 9

P M apagado 0 0 kWh”

Observamos efectivamente que la potencia nominal, ofertada es 38.000 W.

La entidad recurrente ha omitido este dato en su recurso.

La potencia nominal se viene a definir como la potencia máxima que demanda una máquina o aparato en condiciones de uso normales. Estando establecida la formula respecto a la potencia nominal, debe partirse del concepto del mismo, es decir, la potencia real puede diferir de la nominal, siendo más alta o más baja. No se



puede tratar calculando el consumo máximo por ciclo en W/h como se pretende dar a entender, pues al multiplicar ese dato de 7.500 W/h por 24 horas se obtendría 180.000 W, que cómo señala el órgano de contratación se trataría “de una medida de potencia, no de energía”.

Téngase en cuenta al respecto que, aunque no se expresa por la entidad recurrente, se desconoce si ha sido un error en la oferta, pero lo cierto es que en el recurso especial ha omitido el dato fundamental que sí consta en la oferta de la potencia nominal, que no deja duda al respecto. Abiertos los sobres no puede ahora pretenderse reinterpretar los datos aportados. A mayor abundamiento, y aunque no sería ya posible, al respecto cumple recordar la doctrina que señala que no es obligatorio para el órgano de contratación solicitar subsanación, cuando ni siquiera se le ha planteado. En este sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sostenido este parecer. Así en las Resoluciones 1203/2017, de 22 de diciembre, y 166/2018, de 23 de febrero, de este Tribunal se ha señalado que “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la [oferta técnica], debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta”.

Por tanto, debe reputarse como ajustada a Derecho la siguiente valoración automática que deriva de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo I al cuadro resumen.

EMPRESAS	P Modo activo	P Modo espera	P Modo apagado	E(kWh/día)*	Mínima	Puntos
ANTONIO MATACHANA SA	12,1	0,1	0	290,40	280,800	9,65
BMT IBERIA SL	38	0,7	0	912		3,08
ENDOOK EUROPA SL	38,5	0,25	0,03	924,00		3,04
GETINGE GROUP SPAIN SL	11,7	3,763	0	280,6		10,80
STERIS IBERIA	12,3	0,7	0	295,20		9,51

2. Por otro lado, en el trámite del informe al recurso especial, el órgano de contratación hace alusión a la posible existencia de un error material en las puntuaciones otorgadas a la entidad recurrente, viniendo a expresar que a la entidad recurrente verdaderamente le correspondería una menor puntuación. Desde la postura del interesado o del órgano de contratación solo pueden realizarse alegaciones, bien en el trámite de 5 días para el interesado, o bien en el trámite del informe al recurso especial que debe emitir el órgano de contratación, sin que sea posible la reconvención.

A mayor abundamiento, sin perjuicio de que el órgano de contratación tenga facultad de realizarlo, si es que se da el presupuesto de hecho, ello solo es posible cuando estamos ante errores puramente formales y de fácil remedio o, en caso de flagrantes errores aritméticos, materiales o de hecho, que salten a la vista y que no supongan la modificación de la oferta, evidenciándose la voluntad real del licitador. Solo ante un error material, aritmético o de hecho, el órgano de contratación podrá rectificarlo.

Al respecto cumple mencionar que podrá corregir dicho error, de oficio, sin perjuicio de que el mismo podría ser objeto de recurso especial, una vez que dicha rectificación sea objeto de notificación. No obstante, no puede pretender desde las alegaciones vertidas con el informe en este procedimiento del recurso especial que este Tribunal minore la puntuación.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso respecto de la puntuación otorgada por la aplicación de los criterios evaluables mediante fórmulas.



3. En cuanto a la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, o evaluable mediante juicio de valor únicamente se alega que se ha realizado de una forma que vulnera el respeto a los principios generales que guían la contratación administrativa. Pero no se aporta nada más. En este sentido, estimamos que se deben rechazar esos argumentos apelando a doctrina de este Tribunal, como la que emana de la resolución 186/2020. Señala que *“la valoración técnica de los criterios sujetos a juicio de valor está amparada por la discrecionalidad técnica del órgano evaluador, apareciendo en su contenido un detalle expreso sobre la motivación de la puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor (evaluación no automática) y sobre este aspecto cabe traer a colación la Resolución 62/2019 (...)”*.

En el escrito de impugnación no se invoca infracción concreta de ningún precepto de la LCSP, ni vulneración de principio básico alguno de la contratación pública, como se ha indicado, el recurso se circunscribe a señalar un incumplimiento genérico sin concreción alguna. No se ataca esa posible falta de discrecionalidad del informe de valoración de criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor que se encuentra en los folios 170 a 192 del expediente referido

Al respecto cumple señalar, por un lado, que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y una de las más recientes, la 143/2021, de 15 de abril), sobre la función que ostenta exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP.

Sobre lo anterior, como hemos señalado en otras ocasiones (v.gr. Resolución 302/2020, de 10 de septiembre) *«El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre»*.

Lo anterior determina, pues, la desestimación del motivo del recurso por su falta de contenido impugnatorio en relación con las competencias que tiene atribuidas este Órgano, respecto de este motivo del recurso.

El artículo 57.2 de la LCSP establece que *“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”*.

4. En cuanto a las alegaciones de la entidad interesada solicitando la anulación del criterio por su falta de claridad, no puede desprenderse ello del resultado de la licitación, pues las demás entidades no han mostrado esta dificultad. En cualquier caso, en virtud del artículo 139.1 LCSP, el pliego está consentido y con él sus criterios, sin que pueda refutarse su nulidad. En cualquier caso, ha de señalarse igualmente que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y



108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual)

Por tanto, con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de esta resolución, el recurso debe ser desestimado.

OCTAVO. Sobre la imposición de multa a la recurrente.

Este Tribunal, teniendo en cuenta los términos del recurso especial, donde, por un lado, la entidad recurrente hace alusión sesgada a parte de los elementos de la oferta que presentó a efectos de la aplicación de los criterios evaluables mediante fórmulas. Por otro lado, teniendo en cuenta la vaguedad de los términos del recurso respecto al exceso de discrecionalidad denunciada, en cuanto a la valoración realizada por el órgano de contratación respecto de los criterios evaluables mediante juicio de valor. Así como a la vista de que ha recurrido la resolución de adjudicación, obteniendo la suspensión automática en virtud del artículo 53.2 de la LCS, afectando a una licitación financiada con fondos europeos, donde debe tenerse en cuenta el especial interés público que estos representan, debe abordarse la posibilidad de apreciar la necesidad de la imposición de multa a la recurrente al considerar que puede concurrir temeridad en la interposición del recurso de conformidad con el artículo 58.2 de la LCSP.

Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.»*

El importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de



los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que *«El primero (mala fe, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica que *«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».*

En el supuesto analizado, son dos los motivos que se articulan en el recurso, dándose la circunstancia de que el primero de ellos parte de una alegación donde no se reproduce completamente su oferta, siendo esencial todos los datos, pues es vital para interpretar cual fue la potencia nominal que se reflejaba en su oferta. El segundo de ellos es desestimado por falta de contenido impugnatorio.

Lo anterior supone que la entidad recurrente podía haber conocido la inviabilidad de su pretensión, de tal modo que su actitud ha supuesto anteponer su interés particular al interés general que demanda la pronta adjudicación del contrato licitado. Ello denota falta de seriedad y uso abusivo de la vía del recurso.

Concurre, pues, temeridad en el recurso interpuesto. Y en cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».*

En este caso, el órgano de contratación no facilita datos para cuantificar el perjuicio originado; no obstante, la temeridad apreciada por este Tribunal en la interposición del recurso determina que la multa deba imponerse en cuantía superior al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad la entidad **BMT IBERIA, S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 20 de diciembre de 2023 del contrato de «Suministro de equipamiento para central de esterilización con destino al Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga (Central Provincial de Compras de Málaga) financiado con FONDOS REACT-EU, (0000701/2023)», (Expediente CCA +6.C131BC9), promovido por el Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas 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.

